

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: UMA DISCUSSÃO
SOBRE DIREITO DAS MINORIAS E PUNITIVISMO**

KAREN SCHUTZ PAES DE OLIVEIRA

Rio de Janeiro

2019/2

KAREN SCHUTZ PAES DE OLIVEIRA

**CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: UMA DISCUSSÃO SOBRE
DIREITO DAS MINORIAS E PUNITIVISMO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Mestre Bianca Garcia Neri.

Rio de Janeiro

2019/2

O48c Oliveira , Karen Schutz Paes de
A criminalização da LGBTfobia: Uma discussão
sobre direito das minorias e punitivismo / Karen
Schutz Paes de Oliveira . -- Rio de Janeiro, 2019.
84 f.

Orientador: Bianca Garcia Neri.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Direito penal - LGBTfobia - criminalização -
punitivismo - criminologia crítica. I. Garcia Neri,
Bianca, orient. II. Título.

KAREN SCHUTZ PAES DE OLIVEIRA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: UMA DISCUSSÃO
SOBRE DIREITO DAS MINORIAS E PUNITIVISMO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Mestre Bianca Garcia Neri.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____.

Banca Examinadora:

Bianca Garcia Neri – Orientadora

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019/2

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, que empreenderam todos os esforços para que eu chegasse até aqui.

Ao meu irmão, Klaus, pela imensa torcida e cumplicidade.

À professora Bianca Garcia Neri, que confiou no potencial deste trabalho, me acolheu e me norteou pelos melhores caminhos em todo o processo desta pesquisa.

À Faculdade Nacional de Direito, pela oportunidade de desfrutar da educação pública, gratuita e de qualidade, e por ter me possibilitado o acesso a tantos debates importantes. Eu saio daqui muito mais sensível e humana do que quando entrei.

À minha vó Nely, pelo incentivo e contribuição para a minha educação.

À minha vó Maria Luiza, que sempre frisou a importância de acreditar em mim mesma.

Aos meus avôs Alaor e Creso (*in memoriam*), pelo amor e paciência. Saibam: Vocês são verdadeiras referências para mim.

Aos meus amigos, por serem companhia, apoio e encorajamento. Pelas trocas, reflexões e momentos de acolhida. Por serem um sopro esperança e afeto. Há um pouco (muito!) de vocês nesse trabalho. Em especial, agradeço à Marcela e Marcelo, por representarem tanto para mim.

A todos que vieram antes de mim, aos que caminham comigo e tornam tudo isso possível.

“Nunca duvide que um pequeno grupo de pessoas comprometidas e preocupadas possa mudar o mundo. Certamente, é a única coisa que alguma vez o fez.” Margaret Mead

RESUMO

OLIVEIRA, Karen Schutz Paes de. **A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: UMA DISCUSSÃO SOBRE DIREITO DAS MINORIAS E PUNITIVISMO**. Orientadora: Prof. Mestra Bianca Garcia Neri. Rio de Janeiro: UFRJ/FND, 2019/2. Monografia (Graduação em Direito).

O presente trabalho tem como escopo a análise crítica da criminalização da LGBTfobia e as suas possibilidades de combate à violência contra as minorias sexuais. A partir de uma perspectiva criminológica crítica, questionamos os reais efeitos de transformação social da pena. Assim, defendemos a hipótese de que a tutela penal não se revela a melhor estratégia para o combate às violências motivadas por discriminação à orientação sexual ou identidade de gênero. Problematicamos, ainda, o processo de criminalização da LGBTfobia no cenário brasileiro, que se deu por resposta jurisdicional.

Palavras-chave: Violência – LGBTfobia – Direito Penal – Seletividade - Judicialização – Criminologia.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Karen Schutz Paes de. **THE CRIMINALIZATION OF LTGBPHOBIA: A DISCUSSION ABOUT MINORITY RIGHTS AND PUNISHMENT**. Advisor: Prof. Bianca Garcia Neri. Rio de Janeiro: UFRJ/FND, 2019/2. Monografia (Law Degree).

This paper draws a critical analysis of the criminalization of homophobic and transphobic violence and its possibilities to dismantle the violence against sexual minorities. Through the critical criminological perspective, we wonder if the criminalization can provoke social changes. Thus, we defend the hypothesis that criminal protection isn't the best strategy for combating violence motivated by discrimination against sexual orientation or gender identity. We also problematized the process of criminalization of LGBTphobia in the Brazilian scenario, which was given by judicial response.

Keywords: Violence – LGBTphobia – Selectivity - Judicialization - Criminology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. LGBTFOBIA: HISTÓRICO E DEFINIÇÕES.....	11
1.1. Análise de conceitos: orientação sexual e identidade de gênero.....	11
1.2. LGBTfobia.....	15
1.3. Tipos de homofobia e violências homofóbicas.....	18
1.4. Breve histórico.....	20
2. O JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ALGUMAS DE DUAS IMPLICAÇÕES.....	24
2.1. Breve resumo.....	25
2.2. O procedimento do Mandado de Injunção nº 4733.....	26
2.3. A alegada omissão constitucional.....	27
2.4. Os argumentos dos Amici Curiae.....	29
2.5. A teoria do racismo social.....	34
2.6. O princípio da legalidade, analogia in malam partem e os limites do Supremo: Algumas considerações.....	38
2.7. A vedação à proteção insuficiente e os mandados de criminalização.....	47
2.8. A judicialização da política e o papel contramajoritário da jurisdição constitucional.....	49
2.9. Os direitos fundamentais em jogo.....	50
3. A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBT.....	58
3.1. Os limites do direito penal.....	58
3.2. As reais funções da pena.....	65
3.3. A aplicabilidade da justiça restaurativa para o enfrentamento à violência LGBTfóbica.....	69
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a criminalização da LGBTfobia e as suas possibilidades de contribuição no combate às violências motivadas por homofobia e transfobia. A partir do reconhecimento da relevância dessa demanda do movimento LGBT e a necessidade de se encontrarem medidas efetivas de proteção às minorias sexuais, buscamos analisar os dois discursos que emergem nesse debate: Um que se coloca à favor, e outro contra a sanção penal desejada pelo movimento LGBT, de modo a refletir acerca da efetividade da criminalização da violência homotransfóbica como mecanismo de combate à LGBTfobia.

O atual contexto de Estado Democrático de Direito exige ações estatais que garantam o princípio da igualdade e a dignidade humana. Nesse cenário, parte da militância do movimento LGBT das últimas décadas tem se direcionado para a pauta da criminalização das violências LGBTfóbicas. Contudo, diante da complexidade e do caráter cultural do preconceito homotransfóbico, questionamos até que ponto o direito penal pode contribuir na promoção dos direitos da comunidade LGBT. Pretendemos, desta forma, instigar reflexões acerca da escolha pela criminalização como instrumento para a efetivação de direitos das minorias sexuais.

O tema se mostra altamente relevante nas discussões contemporâneas sobre as efetivações de direitos das minorias. A pauta dos grupos minoritários ocupa papel central nas discussões atuais – tanto políticas quanto cotidianas – de forma que a violência homotransfóbica permanece sendo um assunto central na sociedade brasileira.

O trabalho está dividido em três capítulos principais. O primeiro se dedica a abordar alguns conceitos-base para a compreensão da problemática da LGBTfobia e aborda as diferentes formas de violências LGBTfóbicas. Oferece, ainda, um breve histórico sobre o tratamento que a diversidade sexual recebeu ao longo do tempo, bem como da organização do movimento LGBT, que gradativamente investiu em um diálogo com as instituições como estratégia de combate ao preconceito.

A seguir, no segundo capítulo, procedemos à análise do julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733 pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou a tese de que os atos homotransfóbicos deverão ser enquadrados na lei 7.716/89 até a edição de lei específica pelo Congresso Nacional.

Nos debruçamos sobre os argumentos jurídicos e sociais que levaram os Ministros a se posicionarem a favor ou contra a criminalização da LGBTfobia. Procuramos explorar, ainda, as posições expostas pelos *Amici Curiae* admitidos nos processos.

Por fim, no terceiro e último capítulo, são analisadas as reais possibilidades da criminalização dos atos LGBTfóbicos impactar de forma positiva a realidade social, levando em consideração a seletividade e a real função do sistema punitivo. Nos utilizamos das contribuições da criminologia crítica para investigar as possibilidades e limites da sanção penal como forma de atingir as estruturas culturais que fomentam as violências LGBTfóbicas.

A partir desses questionamentos, o presente trabalho procura analisar se a criminalização da LGBTfobia atende ao propósito de reconhecimento da igualdade e se é, de fato, uma alternativa eficaz no combate ao problema. As reflexões aqui expostas pretendem impulsionar alguma agitação de ideias para aqueles que lerem o presente trabalho, desorganizando as certezas confortáveis e suscitando uma reflexão sobre o crescimento do punitivismo. Esperamos poder contribuir para o complexo debate antipunitivista, sem nos furtarmos do compromisso com uma sociedade mais justa e igualitária para aqueles que ousam desafiar a heteronormatividade.

1. LGBTFOBIA: HISTÓRICO E DEFINIÇÕES

1.1. Análise de conceitos: orientação sexual e identidade de gênero

Para uma melhor compreensão da realidade hostil vivenciada pela comunidade LGBT¹, faz-se necessário abordar alguns conceitos básicos que serão pontos de partida para a análise da problemática da criminalização da LGBTfobia. Entendemos que é preciso compreender o fenômeno da homotransfobia e localizar as suas origens para que se possa, enfim, pensar em caminhos possíveis para combatê-lo.

Conforme aponta Sousa Filho (2009, p. 69), o conceito de orientação sexual surgiu na década de 1980 e sua utilização é considerada, por grande parte do movimento gay, uma conquista política, na medida em que contribuiu para a desconstrução da categorização médica e ideológica da homossexualidade – àquela época ainda muito estigmatizada como patologia ou alteração do desenvolvimento da sexualidade “normal”. A incorporação da expressão “orientação sexual” representou, também, uma alternativa às noções de “preferência” ou “opções sexuais”.

Ao longo das últimas décadas, a comunidade científica tem se dedicado à elaboração de diversas teorias a respeito dos elementos que estruturam as orientações sexuais. Nesse cenário, os holofotes recaem quase que exclusivamente sobre a análise das causas específicas da homossexualidade: Em uma sociedade heteronormativa, na qual cristalizou-se a noção da heterossexualidade como referencial de normalidade, a investigação sobre as origens da homossexualidade surge como uma tentativa de explicar o desvio da norma.

Assim, áreas como a Psicologia, Sociologia, Antropologia e Biologia têm apresentado argumentos dos mais diversos, desde aqueles fundados em bases essencialistas (como os argumentos de ordem biológica, que atribuem a homossexualidade à presença de um suposto gene gay) aos construcionistas (que atribuem o desenvolvimento da sexualidade aos fatores sociais e do ambiente).

¹ A sigla LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) foi adotada pelos movimentos sociais de reivindicação de direitos e cidadania das minorias sexuais a partir da Primeira Conferência Nacional GLBT, em 2008.

Parte da comunidade LGBT vislumbra nos argumentos científicos, sobretudo naqueles de viés hereditarista, a possibilidade de legitimação da expressão de seus afetos. A partir daí, adota como estratégia política o argumento de que a homossexualidade é inata ao indivíduo, antecedendo ao próprio nascimento, como se percebe no uso recorrente de frases como “nasce-se gay”/“ser gay não é uma escolha” (SOUSA FILHO, 2009, pp. 64-65).

Por outro lado, esse argumento biológico não está isento de críticas: Sousa Filho (2009, p. 70) critica o que chama de *substancialização da sexualidade*, que se caracteriza pela percepção da homossexualidade como um atributo inato, fixo que habitaria os corpos e determinaria todos os seus desejos. O sociólogo sinaliza que a essencialização das expressões do desejo e do afeto homossexual, como se correspondesse a uma essência ou uma realidade inevitável, ignora que a orientação sexual é “uma prática no sentido também que cada um, exercitando-se, experienciando, constrói, menos ou mais conscientemente, sua vida erótica, seu regime de prazeres” (SOUSA FILHO, 2009, p. 65). Nesse sentido, as teorias biologizantes da homossexualidade teriam o papel de domesticá-la, transformando-a em orientação naturalizada e esvaziando sua dimensão política.

Para este trabalho, no entanto, decidimos não nos estender na análise do desenvolvimento da homossexualidade. Para fins da análise aqui proposta, o fenômeno da homossexualidade e demais sexualidades que desafiam a norma hegemônica (sejam elas entendidas como fenômeno biológico, social, psicológico ou multifatorial) em si é secundário, e encontra relevância apenas na medida em que é o gatilho para a expressão do comportamento homofóbico. Conforme aprofundaremos adiante, na verdade as origens da homossexualidade pouco importam para o indivíduo homofóbico: A reação de aversão ou hostilidade às pessoas LGBT encontra o seu fundamento real na necessidade de se reafirmar as estruturas da sociedade heterossexual e patriarcal.

Da mesma forma que ocorre em relação às orientações sexuais que fogem à heteronormatividade, também são rechaçadas as identidades de gênero que contestam as bases da sociedade patriarcal. Ainda que ambas as opressões encontrem uma origem em comum, é necessário traçarmos uma diferenciação: O conceito de orientação sexual não se confunde com a identidade de gênero, que diz respeito ao sentimento particular de pertencimento ao “universo” masculino ou feminino. Essa identificação com o gênero – entendido aqui enquanto

construção social da feminilidade ou masculinidade - pode estar de acordo, ou não, com o sexo do indivíduo (nos referimos a sexo nos termos da definição de Pierucci (1999, p. 124), para quem “o sexo é o substrato biológico sobre o qual são construídas as práticas sócio-culturais de gênero”).

A heteronormatividade arraigada na sociedade estabelece como natural a existência de dois gêneros (o masculino e o feminino) naturalmente decorrentes do sexo biológicos. Essa divisão de dois grupos (ou classes) de sexo se reflete no binarismo de gênero, fundando a dominação masculina (WELZER-LANG, 2001, p. 461). Qualquer vivência que subverta essa inteligibilidade binária de gênero é vista como ameaçadora à ordem social.

Nesse contexto, “cisgênero” e “transgênero” são categorias teóricas criadas que denominam indivíduos cuja identidade de gênero corresponde, ou não, ao seu sexo biológico. Em caso de coincidência entre o sexo e o gênero que lhe foi designado no nascimento, diz-se que a pessoa é cisgênera. Neste caso, a pessoa se adequa à expectativa do sistema binário-heterossexista, que pressupõe uma relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo (BUTLER, 2019, p. 26). Em caso de não conformidade entre o sexo biológico e a identidade de gênero, diz-se que a pessoa é transgênera.

Sobre o conceito de transexualidade, Castel (apud Arán, 2006, p. 50) nos diz:

Em linhas gerais, caracteriza-se pelo sentimento intenso de não-pertencimento ao sexo anatômico, sem a manifestação de distúrbios delirantes e sem bases orgânicas (como o hermafroditismo ou qualquer outra anomalia endócrina). Essas pessoas desafiam a gramática heteronormativa, que estabelece como seres inteligíveis aqueles que conservam uma relação de continuidade entre sexo, gênero, práticas sexuais e desejo, por intermédio dos quais a identidade é reconhecida e adquire um efeito de substância (ARÁN, 2006, p. 50).

Por desorganizarem as regras de inteligibilidade cultural, essas identidades de gênero (transexuais, travestis, não-binários, entre outras) são percebidas como mera falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas (BUTLER, 2019, p. 44). Assim, esses indivíduos são considerados abjetos dentro da matriz heteronormativa e passam a ser alvo de uma violenta operação de exclusão (ARÁN, 2006; BUTLER, 2019).

Aqui, se faz ainda necessário sinalizar as especificidades das pessoas trans, que experimentam a marginalização social em outro nível: A expectativa de vida média de uma

pessoa transexual é de 35 anos². De acordo com informações da ONG Transgender Europe, que realiza um mapeamento de estatísticas referentes a travestis e transexuais no mundo, o risco de uma pessoa trans ser morta é 17 vezes maior do risco de um homossexual ser assassinado por homofobia³.

Diante desses dados chocantes, nos parece que para as pessoas trans é ainda mais difícil o acesso a direitos básicos e a sua inserção nos espaços de convívio social (quando comparado aos demais subgrupos da comunidade LGBT). Não se trata, aqui, de hierarquizar as opressões vividas entre grupos que são sistematicamente marginalizados, uma vez que todos eles desafiam a lógica da heteronormatividade, sendo considerados abjetos. No entanto, seria irresponsável por parte deste trabalho deixar de sinalizar as especificidades que a população trans enfrenta.

Nesse aspecto, os dados da realidade fática nos parecem confirmar a teoria desenvolvida por Gayle Rubin (2017, pp. 83-88), que aponta a existência de uma hierarquia das sexualidades e expressões de gêneros, responsável por instituir todo um sistema de privilégios e de desigualdades a partir de uma pirâmide erótica na sociedade.

Nesse sistema de estratificação sexual, o topo seria ocupado por casais heterossexuais que firmam matrimônio. Logo depois, estariam os casais heterossexuais monogâmicos não casados, seguidos pelos heterossexuais com vida sexual ativa, porém casual (sem parceiro(a) fixo(a)). Após, estão os casais estáveis de lésbicas e de gays, seguidos pelas lésbicas e homossexuais solteiros. Nesse sistema, as “castas sexuais” mais desprezadas seriam transexuais, travestis, trabalhadores do sexo, entre outros.

Quanto mais o indivíduo pertence a um dos grupos localizados no topo desse sistema de estratificação sexual, maior é a recompensa em termos de reconhecimento de saúde mental, respeitabilidade, legalidade, mobilidade física e social, apoio institucional e benefícios materiais (RUBIN, 2017, pp. 83-88).

² Informação retirada do relatório da ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais). **Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017**. Disponível em <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2019.

³ Conforme indica o relatório de 2018 do Grupo Gay da Bahia. **Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil**. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>>. Acesso em 24 de julho de 2019.

Logo, de maneira inversamente proporcional, quanto mais o indivíduo se localiza nas castas sexuais consideradas inferiores desse sistema, mais dificultoso será o seu acesso a direitos básicos. Fica evidente, portanto, o lugar vulnerável em que a população LGBT se encontra na estrutura social.

Nesse aspecto, a expressão mais evidente da hostilidade à população LGBT é a violência física motivada pela homotransfobia. O relatório mais recente do Grupo Gay da Bahia⁴, publicado no início de 2019, registrou que em 2018 ocorreram 320 homicídios de LGBTs no Brasil. A pesquisa aponta que mata-se muito mais homossexuais, bissexuais e transexuais no Brasil do que em países do Oriente Médio e da África, locais onde persiste a pena de morte contra esta população.

Entretanto, é importante ter ciência de que as lesões corporais e os homicídios apenas representam a última etapa de um *continuum* de violência contra as minorias sexuais. Esses atos extremos estão entrelaçados à violência psicológica e institucional, que submetem a população LGBT a uma lógica heterocisnormativa.

1.2. LGBTfobia

Para melhor compreender o fenômeno da LGBTfobia, precisamos inicialmente revisar a criação da palavra homofobia. O termo é um neologismo criado em 1971 pelo psicólogo K.T Smith, em um artigo que se dedicou à análise dos traços da personalidade homofóbica. Um ano depois, o mesmo termo reapareceu nos estudos de G. Weinberg, que definiu a homofobia como "o receio de estar com um homossexual em um espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo" (Weinberg apud Borrillo, 2010, p. 21).

A combinação do prefixo *homo* (semelhante) ao sufixo *phobos* (aversão) foi, portanto, empregada para designar os sentimentos negativos diante da homossexualidade ou pessoa homossexual (JUNQUEIRA, 2007, p. 03). A estrutura de formação da palavra, no entanto, por vezes induz a uma noção equivocada sobre o termo. Isto porque o sufixo *fobia* pode se revelar inadequado, uma vez que a homofobia não abarca apenas o desconforto psicológico ou um profundo medo diante da homossexualidade, como também a hostilidade e violência perpetrada

⁴ Disponível em <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>> Acesso em 15 de agosto de 2019.

contra a população LGBT. Diante disso, diversos estudiosos sugeriram outros termos para designar a aversão à homossexualidade ou ao homossexual, como “homoerotofobia”, “homossexofobia” e “heterossexismo” (BORRILLO, 2010, p. 22).

Com efeito, Borrillo sinaliza que a homofobia transcende o aspecto psicológico, constituindo-se como uma lógica de hierarquização das sexualidades, a partir da qual se inferioriza sistematicamente a população LGBT e se concede um status superior à heterossexualidade:

A homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se da ideologia racista, classista ou antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torna-lo inexoravelmente diferente. A semelhança de qualquer outra forma de intolerância a homofobia articula-se em torno de emoções (crenças, preconceitos, convicções, fantasmas...), de condutas (atos, praticas, procedimentos, leis.) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...) (BORRILO, 2010, p. 35).

É assim que a homofobia se revela como processo exterminatório, ultrapassando o *status* de fobia em sua acepção psicológica/patologizante. A partir desse entendimento, diversos especialistas propõem a superação de modelos explicativos da homofobia que sejam centrados no indivíduo, para entendê-la como uma “teia” de comportamentos e situações que precisam ser pensados a partir do sociológico, jurídico, educacional, antropológico e institucional (JUNQUEIRA, 2007, pp.06-07). Caso contrário, corre-se o risco de reduzir o fenômeno à dimensão psíquica e individual, ignorando-se o aspecto social do problema, que só pode ser compreendido se analisarmos a aversão à homossexualidade como uma expressão do heterossexismo incutido na sociedade.

Segundo Welzer-Lang (2001, p. 467), o heterossexismo é “a discriminação e a opressão baseadas em uma distinção feita a propósito da orientação sexual”. A crença da superioridade da heterossexualidade sobre as formas de sexualidade não-heterocentradas é difundida incessantemente, e tem como efeito perverso a hierarquização das sexualidades. A heterossexualidade é vista como a única identidade social e sexual possível, capaz de garantir a manutenção e continuidade da sociedade (WELZER LANG, 2001, pp. 466-467).

Ao pensarmos para além das fronteiras da(s) sexualidade(s), notamos que essa lógica normalizadora também coíbe as diversas identidades de gênero: As bases sexistas da sociedade impõem o binarismo de gênero, que divide os sexos (também a partir de uma dicotomia,

ignorando sistematicamente as pessoas *intersex*⁵, que subvertem esta lógica) em dois gêneros, fixando essas categorias e atribuindo determinados papéis ao “masculino” e “feminino” – compreendidos dentro desse arranjo como opostos. Aqueles indivíduos que não se adequam a esses conceitos fixos de gênero, como as travestis, transexuais, ou até mesmo homens afeminados e mulheres masculinizadas, são considerados desviantes da norma social. Eles desafiam os referenciais de inteligibilidade cultural do modelo sequencial sexo-gênero-sexualidade como uma unidade contínua e coerente.

A esse respeito, discorre Judith Butler (2019, p. 53):

A instituição de uma heterossexualidade compulsória e naturalizada exige e regula o gênero como uma relação binária em que o termo masculino diferencia-se do termo feminino, realizando-se essa diferenciação por meio das práticas do desejo heterossexual.

Nesse cenário, o indivíduo homofóbico, enquanto membro integrante de uma sociedade heteronormativa, se filia subjetivamente aos seus iguais e se considera um dos guardiões da cultura heteronormativa, que deve ser preservada a todo custo. O indivíduo cuja vivência ou identidade não está em consonância ao ideal heterossexista é visto como uma ameaça ao *status quo*; eis que surge a necessidade de hostilizá-lo, persegui-lo, enfim, apagá-lo do quadro social (FELICÍSSIMO, 2014, p. 253).

É a partir da conjugação entre os processos sociais e subjetivos que a homofobia garante a sua perpetuação:

A homofobia, nesse sentido, transcende tanto aspectos de ordem psicológica quanto a hostilidade e a violência contra pessoas homossexuais (gays e lésbicas), bissexuais, transgêneros (especialmente travestis e transexuais) etc. Ela, inclusive, diz respeito a valores, mecanismos de exclusão, disposições e estruturas hierarquizantes, relações de poder, sistemas de crenças e de representação, padrões relacionais e identitários, todos eles voltados a naturalizar, impor, sancionar e legitimar uma única seqüência sexo-gênero-sexualidade, centrada na heterossexualidade e rigorosamente regulada pelas normas de gênero (JUNQUEIRA, 2007, p. 09).

É importante pontuar que, como o termo homofobia parece se referir apenas à discriminação praticada em razão da homossexualidade, priorizamos ao longo do trabalho o

⁵ De acordo com a Sociedade Intersex Norte Americana (ISNA), *intersex* é um termo utilizado para se referir a corpos cuja anatomia não se adequa aos padrões hegemônicos de sexo masculino ou feminino. Disponível em: < http://www.isna.org/faq/what_is_intersex > Acesso em 22 de agosto de 2019.

termo LGBTfobia, que abarca também as violências sofridas por pessoas bissexuais, travestis, transexuais e outras minorias sexuais. O emprego deste termo parece mais adequado, na medida em que esses outros grupos também sofrem os efeitos da heterossexismo e são alvos constantes da hostilização e apagamento dessas identidades, compreendidas como ameaças à ordem social heteronormativa.

Assim, ainda que parte da literatura especializada trabalhe apenas com o termo homofobia, entendemos como necessária uma atualização conceitual para que se evite uma invisibilização de outras violências advindas da matriz cultural hegemônica sexista e cisheteronormativa.

1.3. Tipos de homofobia e de violências homofóbicas

Borrillo nos apresenta os conceitos de “homofobia⁶ irracional” e “homofobia cognitiva”. A primeira se dá no sentido de condenação da homossexualidade em um nível emotivo, produto de uma manifestação do receio diante da homossexualidade. Assim, se aproxima da acepção originária do termo, na medida em que se trata de uma atitude irracional, do tipo fóbico, com origens em conflitos individuais (BORRILLO, 2010, p. 24).

Por outro lado, a homofobia cognitiva (social) se refere à manutenção da dicotomia homo/hétero; assim, nessa manifestação da homofobia, os homossexuais são tolerados, porém são tratados como cidadãos de segunda classe, que não possuem os mesmos direitos que os heterossexuais. É essa face da homofobia que produz os estereótipos, caricaturas e tratamento de escárnio conferido à população LGBT (BORRILLO, 2010, p. 25). Assim, a visão unidimensional do homossexual o reduz a um clichê.

Em complementação à essa classificação entre “homofobia irracional” e “homofobia cognitiva”, Borrillo traz os conceitos de “homofobia geral” e “homofobia específica”. A primeira é uma manifestação do sexismo, na construção da supremacia do sexo – e sobretudo

⁶ Conforme pontuado por Daniel Borrillo (2010, p. 23) o termo “homofobia” é utilizado em razões de economia de linguagem. Para melhor abarcar a complexidade do fenômeno, o ideal seria a utilização de termos que contemplassem as especificidades das opressões, como “gayfobia”, “lesbofobia”, “bifobia”, “travestifobia” e “transfobia”. Na busca por capturar da forma mais fiel possível os conceitos apresentados por Borrillo, optamos por manter o termo original utilizado pelo autor, qual seja, homofobia.

do gênero - masculino sobre o feminino, ao distribuir papéis sociais engessados para homens e mulheres. A partir dessa divisão de papéis, são estabelecidos prática e discursos que tem como objetivo controlar e hostilizar aqueles que desafiam esses referenciais. A homofobia, então, funciona como uma espécie de “vigilância do gênero”. Assim, sequer é necessário que a pessoa de fato pertença à comunidade LGBT para que sinta os efeitos da homofobia geral; basta que o indivíduo não aja em conformidade aos papéis fixos de gênero (BORRILLO, 2010, p. 25-26). A título de exemplo, lembremos do caso em que pai e filho foram agredidos ao serem confundidos com um casal gay⁷.

A “homofobia específica”, por outro lado, diz respeito à forma de intolerância que se refere especialmente aos gays e às lésbicas (“gayfobia” e “lesbofobia”). A esse respeito, Borrillo observa que a mulher lésbica sofre uma violência particular: É vítima duplamente da homofobia e da misoginia. A partir daí, aponta que a invisibilidade que reveste a sexualidade lésbica é decorrente “de uma misoginia que, ao transformar a sexualidade feminina em um instrumento do desejo masculino, torna impensáveis as relações erótico-afetivas entre mulheres⁸” (BORRILLO, 2010, p. 28-29).

Como materialização no mundo externo desses tipos de homofobia, tem-se a violência heterossexista, que pode se dar a partir de diversas maneiras. Salo de Carvalho (2012a, p. 197) expõe os três níveis de violência heterossexista: A violência interpessoal, a violência institucional (de Estado) e a violência simbólica.

A violência homofóbica interpessoal se refere à violência física – contra a pessoa e violência sexual – perpetrada contra aqueles indivíduos considerados desviantes à norma sexual (CARVALHO, 2012a, p. 197).

A violência homofóbica institucional pode ser avaliada da construção, interpretação e aplicação sexista da lei penal em situações que reproduzem e potencializam as violências

⁷Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/pai-filho-sao-confundidos-com-casal-gay-agredidos-por-grupo-em-sao-joao-da-boa-vista-sp-2714592>> Acesso em 20 de agosto de 2019.

⁸ A lesbofobia funciona através de diversas nuances: Algumas mulheres lésbicas, percebidas como “mais femininas” são alvo de um movimento misógino do fetiche masculino que as objetificam; outras, que ocupam um lugar tido como “masculinizado”, são alvos de práticas reguladoras corretivas como reprimenda desta forma de estar e exprimir seus afetos no mundo.

interpessoais e, ainda, na construção de práticas sexistas violentas nas, e através, das instituições (CARVALHO, 2012a, p. 197).

Por fim, a violência homofóbica simbólica abarca os processos formas e informais de elaboração da gramática heteronormativa, compreendendo a cultura e as práticas discursivas baseadas na heteronormatividade (CARVALHO, 2012a, p. 197).

Essa violência simbólica acaba por ser assimilada pelos dominados, que introjetam a visão do grupo dominante, integrando à sua autoimagem os estigmas opressores e depreciativos dos que estão no topo da pirâmide social (BOURDIEU, 2002, p. 46). Nesse aspecto, Meyer e Dean (1998) chamam atenção para o fenômeno da homofobia internalizada, que se trata da introjeção das atitudes sociais negativas para o *self* do indivíduo LGBT, tendo como consequência uma autoimagem negativa.

Essa violência é exercida sobre os corpos diretamente e sem qualquer coação física, através do trabalho de internalização pelos dominados, o que produz disposições duradouras que condicionam o grupo subordinado a naturalizar situações de opressão. A construção desse poder simbólico só é possível com a colaboração do grupo dominado, ao adotarem sobre si mesmos o ponto de vista dos próprios dominantes (BOURDIEU, 2002, pp. 60-61). É dessa forma que a homofobia e transfobia marcam os percursos afetivo-sexuais, contaminando a autopercepção de indivíduos LGBT.

Bourdieu avalia, ainda, que o movimento de revolta do grupo subjugado contra essa forma particular de violência simbólica, além de fazer com que existam novos objetos de análise, coloca em questão a ordem simbólica em vigor (BOURDIEU, 2002, p. 129).

1.4. Breve histórico

Conforme exposto por Foucault ao longo de sua genealogia da sexualidade, há um “dispositivo da sexualidade” que regula e produz discursos sobre o sexo, os desejos, o corpo e a vida. Assim, para melhor compreendermos o cenário de hostilidade que se apresenta hoje para a população LGBT, é importante pensarmos em como se desenvolveram os discursos, práticas e controle sobre a homossexualidade. Essa análise histórica não tem a intenção de esgotar o

tema, mas tão somente de contextualizar o processo de construção das identidades sexuais e da percepção desses indivíduos que fogem ao referencial heterocisnormativo enquanto sujeito de direitos.

Na tradição greco-romana a homossexualidade era percebida como algo que fazia parte da vida dos indivíduos. Ainda que a homossexualidade exclusiva e o papel “passivo” na relação homossexual não fossem bem vistos, as vivências homoeróticas eram percebidas como um processo de amadurecimento do homem (DIAS, 2016, pp. 58-59).

Essa percepção da homossexualidade começa a mudar partir do declínio do Império Romano e a ascensão do cristianismo. A partir desse momento, tem-se a transformação da homossexualidade em categoria pecaminosa, devendo, portanto, ser erradicada. A tradição judaico-cristã passou a considerar como pecado todas as relações sexuais que não tivessem como objetivo a procriação (BORRILLO, 2010, p. 49). A partir de textos como a história de Sodoma e Gomorra e o Levítico, os dogmas cristãos consolidaram a percepção, cujos resquícios perduram até hoje, da homossexualidade como doença, pecado, perversão ou imoralidade.

A respeito do contexto brasileiro, nos narra Trevisan que havia grande liberação sexual à época da colonização holandesa e portuguesa. No entanto, a partir da instalação do Santo Ofício em Portugal, em meados do século XVI, passou-se a aplicar também nas colônias portuguesas uma série de punições inquisitoriais às práticas sexuais que não passavam pelo crivo moral da Inquisição. Entre os atos sexuais puníveis, estava o crime de sodomia⁹ (TREVISAN, 2018, pp. 133-138).

Ainda que o Brasil não tenha possuído uma sede do Tribunal Inquisitorial, eram enviadas Visitações Inquisitoriais ao Brasil, e alguns bispos exerciam funções tipicamente do Tribunal. De acordo com os dados coletados por Luiz Mott (1992, p. 175), foram registrados 135 casos de sodomia pelo Santo Ofício, em suas visitas a Bahia, em 1951 e 1953, e a Pernambuco em 1618 e 1620. O processo de descriminalização da sodomia no Brasil se deu a partir da extinção do Tribunal do Santo Ofício e a entrada em vigor do Código Criminal de 1830.

⁹ Segundo Trevisan (2018, p. 138), ainda que recebessem menos atenção da Inquisição, também as relações lésbicas eram chamadas de “sodomia” pelos inquisidores, mesmo quando não se explicitasse qualquer tipo de penetração, anal ou não, com instrumentos artificiais.

A partir do século XIX, conforme sinaliza Foucault, a produção de um “saber sobre o sexo” mobilizou o aparato científico no sentido de examinar e classificar a sexualidade humana. A partir da multiplicação de discursos científicos e médicos sobre o sexo, constitui-se uma nova especificação dos indivíduos; a homossexualidade é percebida enquanto categoria psicológica, psiquiátrica e médica (FOUCAULT, 2019, p. 47). A partir do novo arranjo de uma ciência da sexualidade, vem a busca por catalogar e localizar as causas do desejo homossexual.

Como efeito dessa criação de “teia” de discursos e técnicas científicas, a economia do sexo classifica a sexualidade como normal e anormal. Os psicopatólogos da época traçaram um minucioso inventário das perversões sexuais, na busca por encontrar as “alterações” orgânicas responsáveis pelas “alterações” da pulsão sexual (CECCARELLI, 2000, p. 24). Para Daniel Welzer-Lang (2001, p. 467), a classificação dos indivíduos a partir de uma categoria psicológica, que é o desejo sexual, contribuiu para a imposição do paradigma heterossexual como linha de conduta para os homens.

O movimento de despatologização da homossexualidade é muito recente. A homossexualidade apenas deixou de ser considerada uma doença em 1973 pela Associação Americana de Psiquiatria. A Associação Americana de Psicologia o fez pouco tempo depois, em 1975. A homossexualidade permaneceu no Código Mundial de Doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS) até 1990.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina deixou de considerar a homossexualidade como doença em 1985. O Conselho Federal de Psicologia, a partir da edição da Resolução 01/1999¹⁰, proibiu a patologização dos comportamentos ou práticas homoeróticas e a prática de

¹⁰ Art. 3º. Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Par. Único. Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades. Res. CFP 1/1999.

A vedação prevista na Resolução, no entanto, não é isenta de resistências: No dia 15 de setembro de 2017, foi inaugurado um novo capítulo entre as partes que travam uma disputa quando à possibilidade das terapias de reorientação sexual. Por meio de uma ação popular movida por Rozangela Justino e outros 22 psicólogos contra o Conselho Federal de Psicologia, a 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal concedeu uma liminar que sustava os efeitos de parte da Resolução 01/99. Em que pese o Magistrado tenha mantido a resolução em questão, ele determinou que o Conselho Federal de Psicologia não impedisse psicólogos de promover estudos e atendimento psicoterapêutico que se fizessem necessários à plena investigação científica dos transtornos psicológicos e comportamentais associados à orientação sexual. Após a prolação da sentença, que confirmou os efeitos da liminar concedida, o CFP ingressou com uma reclamação constitucional, sob a alegação de usurpação de competência do STF. Em 09/04/2019, a Ministra Carmen Lúcia concedeu uma liminar para suspender a referida ação popular, mantendo-se íntegra e eficaz a Resolução 01/99 do CFP.

terapias de reversão da orientação sexual. A Resolução impede expressamente o engajamento de psicólogos em práticas que “proponham tratamento e cura das homossexualidades”. Por outro lado, o respaldo da categoria às pessoas trans só foi concretizado por meio da Resolução 01/2018, que proíbe aos psicólogos a proposição, realização ou colaboração, sob uma perspectiva patologizante, com eventos ou serviços que visem a terapias de conversão, reversão, readequação ou reorientação de identidade de gênero das pessoas transexuais e travestis.

A construção do movimento LGBT como um movimento ativista-político se dá a partir da década de 1960, quando os homossexuais reivindicam uma nova identidade homossexual. Inicia-se uma ressignificação da homossexualidade, como um misto de desejos, e não mais um sintoma ou um diagnóstico (MELLO, 2005, p. 197).

O nascimento do movimento gay brasileiro, influenciado pelo movimento gay estadunidense, especialmente após o episódio de Stonewall¹¹, representou a organização política que marcou o início da reivindicação da cidadania das minorias sexuais. Na década de 1980, a epidemia de AIDS gerou, por um lado, o recrudescimento do conservadorismo e da homofobia, evidenciada nos discursos que associavam o vírus a uma espécie de “câncer gay” ou “praga gay” (DANIEL; PARKER, 2018, p. 18); por outro lado, deu visibilidade à comunidade LGBT.

Carrara (2010, p. 134) considera a promulgação da Constituição Cidadão de 1988 um marco fundamental de legitimação do exercício de direitos das sexualidades, pois, ainda que o texto constitucional não mencione diretamente as expressões “identidade de gênero” e “orientação sexual”, a sua estrutura geral, explicitamente comprometida com o respeito aos direitos humanos e a implementação de compromissos assumidos em tratados internacionais, tem permitido a juízes e tribunais desdobrarem os seus princípios fundamentais no sentido de garantir, efetivamente, determinados direitos e contribuir para a criação de novas possibilidades para as minorias sexuais.

¹¹ Referência aos conflitos violentos entre gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais com a polícia de Nova York, iniciados na noite de 28 de junho de 1969, no Bar Stonewall Inn, que perduraram vários dias. Foi um marco na resistência LGBT e contribuiu significativamente para o fortalecimento e organização política das minorias sexuais.

É nesse contexto que eclode o debate a respeito da possibilidade da criminalização da homotransfobia. Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pilares da Constituição de 1988, são constantemente evocados para ressaltar a necessidade de se proteger a população LGBT. Além disso, conforme aprofundaremos nos próximos capítulos, parte da doutrina entende que a redação do art. 5º, inciso XLI¹² da CRFB/88 contém um mandado de criminalização de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – na qual se incluiria a LGBTfobia.

¹² Art. 5º (...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

2. O JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ALGUMAS DE SUAS IMPLICAÇÕES

2.1. Breve Resumo

A criminalização da homofobia e transfobia é uma reivindicação antiga do movimento LGBT. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de duas ações: A primeira, protocolizada em 2012, é um Mandado de Injunção impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT).

A segunda demanda é de 2013, ano em que o Partido Popular Socialista (atualmente chamado Cidadania) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, com o mesmo objeto e pedidos do writ injuncional.

Os requerentes pleiteavam a (i) o reconhecimento de que a homotransfobia se enquadra no conceito ontológico-constitucional de racismo, de forma a enquadrá-la no mandado de criminalização do art. 5º, XLII da CRFB/88¹³; bem como o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional na elaboração de lei que tipifique a discriminação em razão da orientação sexual (homofobia) e da identidade de gênero (transfobia); (ii) seja fixado prazo razoável para que o Congresso Nacional edite diploma legislativo que criminalize tais espécies discriminatórias; e (iii) caso transcorra o prazo razoável fixado pelo STF sem efetiva criminalização da homotransfobia pelo Congresso Nacional, fossem dados efeitos concretos ao mandado de injunção para que o STF procedesse diretamente à tipificação, seja pela inclusão dos atos homotransfóbicos na lei nº 7.716/89, seja pela tipificação de outra forma que a corte entendesse mais adequada. Entre os pedidos da inicial da ADO nº 26 constava também a responsabilização civil dos parlamentares e do Estado brasileiro pela inércia na criminalização da homotransfobia – no entanto, considerando que nenhum dos Ministros deferiu este pedido, não teceremos maiores considerações sobre o mesmo.

O PPS e a ABGLT apresentaram petições, respectivamente na ADO nº 26 e no MI nº 4733, requerendo o julgamento conjunto das ações, uma vez que ambas objetivavam a

¹³ Subsidiariamente, os autores requerem o reconhecimento da homofobia e transfobia como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI da CRFB/88.

criminalização da homotransfobia. O pedido foi deferido e as ações reunidas para que se procedesse ao julgamento conjunto, evitando, assim, decisões conflitantes.

O julgamento fixou a tese de que os atos homofóbicos e transfóbicos constituem uma forma de racismo, aplicando-se a lei 7.716/89 a essas violências até a edição de norma penal específica. O que se propõe nos próximos itens é uma análise dos argumentos de natureza fática e jurídica suscitados pelos Ministros e atores sociais envolvidos nas ações.

2.2. O procedimento do Mandado de Injunção n° 4733

Ainda que o foco deste capítulo seja a análise dos argumentos expostos ao longo do julgamento acerca da criminalização da LGBTfobia, merece atenção um impasse procedimental referente ao Mandado de Injunção, o que já antecipava a divergência que viria a se concretizar no Plenário do STF.

Em decisão proferida em 23 de outubro de 2013, o então Ministro Relator do *writ* injuncional, Ricardo Lewandoski, não conheceu o Mandado de Injunção n° 4733. Para o Ministro, o MI não seria a via técnico-jurídica adequada para o pleito, eis que não se afiguraria no caso em tela violação a um direito subjetivo constitucional, em decorrência da ausência de norma regulamentadora exigida pela Carta Magna.

Diante da decisão, a ABGLT interpôs Agravo Regimental. Em suas razões, argumentou que o inciso LXXI do art. 5° da CRFB/88¹⁴ não limita a possibilidade de impetração do Mandado de Injunção às situações em que a ausência de norma regulamentadora impeça o exercício de direitos subjetivos previstos na Constituição, mas também permite o uso da via injuncional nas ocasiões em que a ausência de norma regulamentadora inviabilize prerrogativas inerentes à cidadania. Esta última hipótese, presente na parte final do inciso, não se vincularia ou se confundiria com a que cuida dos direitos subjetivos.

¹⁴ Art. 5° LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que **a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à** nacionalidade, à soberania e **à cidadania** (grifou-se).

Ocorre que antes mesmo do julgamento do Agravo Regimental interposto, o Mandado de Injunção foi redistribuído ao Ministro Edson Fachin. O novo Relator reconsiderou a decisão anterior e chancelou o cabimento formal da via injuncional, determinando o prosseguimento do feito.

2.3. A alegada omissão constitucional

Antes de adentrarmos o mérito dos argumentos apresentados pelos Ministros, cabem algumas considerações acerca dos critérios analíticos utilizados pelos julgadores para a verificação da ocorrência da omissão legislativa. Para tanto, iniciamos este item por meio do seguinte questionamento: A inércia legislativa persiste ainda que as casas legislativas já tenham iniciado o processo de elaboração de lei decorrente de mandamento constitucional?

Esta reflexão se mostra de suma importância, na medida em que constitui a base sobre a qual as ações constitucionais se desenrolaram. Tanto a ADO quanto o Mandado de Injunção alegavam que a inércia do Legislativo em criminalizar os atos de homotransfobia desrespeitava preceitos constitucionais. Esse ponto tem caráter basilar, na medida em que é a partir da verificação da apontada omissão que surge a possibilidade da colmatação da lacuna por meio da via judicial.

Impõe-se, a princípio, delimitar o que seria a denominada inércia legislativa – a mera proposição de projeto de lei sobre o tema seria suficiente para afastar a mora legislativa? Ou, em verdade, seria necessário que o projeto de lei percorresse todo o trâmite legislativo, fixando-se como marco do término da mora inconstitucional a efetiva aprovação de projeto de lei sobre o tema?

Nesse ponto, impende observar a posição que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a partir de 2007. O julgamento da ADI nº 3.682/2007 representou uma virada jurisprudencial no que concerne aos limites da omissão legislativa, contemplando *a inertia deliberandi*, que engloba a deliberação no processo legislativo. Assim, a excessiva demora do processo de deliberação legislativa passou a ser objeto legítimo de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Até então, a inércia legislativa se restringia à apresentação do projeto de lei; bastava a propositura do PL para que se afastasse a mora legislativa (*inertia agendi*).

A partir de então, admite-se que a inércia (seja na fase de deliberação ou na fase inaugural) do Congresso Nacional, ante imposição constitucional de legislar, configura a mora inconstitucional. Diante disso, é legítima a intervenção do Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 102, I, alínea “a”, da CRFB/88 e a lei n.º 9.868/1999.

Segundo a tese sustentada pelos autores, a inércia no caso da criminalização da homotransfobia se revestiria de caráter inconstitucional, em decorrência da inobservância do art. 5º, inciso XLI e XLII da Carta Magna. Assim, seria legítima a arguição de mora legislativa inconstitucional, apesar da propositura de Projetos de Lei tratando do tema.

A despeito da jurisprudência já consolidada do STF, essa controvérsia foi explorada nas razões apresentadas pelos autores e a defesa do Congresso Nacional. O Congresso Nacional se utilizou desse ponto como um dos argumentos centrais de sua defesa. Em suas manifestações, as casas legislativas alegaram que o processo legislativo da elaboração das leis já estava em curso, o que afastaria a mora legislativa suscitada pelos autores.

Em resposta aos pedidos de informações solicitados pelo Relatores da ADO nº 26 e MI nº 4733, a Câmara dos Deputados procurou imputar a responsabilidade da apontada mora legislativa ao Senado Federal. A Câmara ressaltou que chegou a aprovar o Projeto de Lei nº 5.003/2001, que determinava sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual, encaminhando em seguida o PL para a análise do Senado Federal.

Por outro lado, o Senado Federal rechaçou a alegada mora inconstitucional, diante da existência de diversos projetos de lei sobre a temática da homotransfobia em trâmite na câmara alta. Especificamente com relação à demora da análise do projeto de lei nº 122/06 (que tramitou na Câmara sob o nº 5.003/2001), a atribuiu à anexação do mencionado PL ao projeto do Código Penal, o que naturalmente prolongaria o tempo de estudo e debates pelos senadores.

Assim, segundo o Senado Federal não há que se falar em inércia inconstitucional, uma vez que as casas legislativas federais apreciaram e apreciam a matéria em questão. Apesar do argumento apresentado pelas casas legislativas, os Ministros do STF, à exceção de Marco

Aurélio de Mello¹⁵, entenderam estar configurada a inércia legislativa inconstitucional no que tange à criminalização específica da homotransfobia.

Esse aspecto recebeu especial atenção no voto do Ministro Gilmar Mendes, que classificou que os casos de inércia do Estado diante de imposições legiferantes representam um dos “processos deformadores da Constituição”. Ainda nesse aspecto, o Ministro esclarece que:

[...] a mera tramitação de proposições legislativas não modifica, em si, o estado de insuficiência da proteção que se pretende tutelar nesta demanda. Ressalto que é absolutamente imprevisível o destino das proposições legislativas examinadas, motivo pelo qual elas não se mostram aptas a suprir a proteção das minorais que se almeja tutelar no presente feito (BRASIL, 2019, p. 10).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que reconheceu a omissão legislativa e a atribuiu a fatores de ordem política:

A omissão parlamentar em cumprir o mandado de criminalização, nos casos de que ora se trata, pode ser compreendida como um fenômeno que, mais do que jurídico, é político: como explica Ran Hirschl, com a ascensão do conceito de supremacia constitucional em todo o mundo, os tribunais tornaram-se instituições sensíveis aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera política, contando com o apoio – explícito ou implícito – dos atores políticos, os quais, ao transferir sua responsabilidade para as instituições judiciais, evitam sua responsabilização política por decisões impopulares [...] (BRASIL, 2019, p. 09).

2.4. Os argumentos dos Amici Curiae

Os Amici Curiae contrários à criminalização da LGBTfobia suscitam como principais argumentos jurídicos o risco à liberdade de expressão e liberdade religiosa. Apontam, ainda, que a criminalização de uma conduta pelo STF implicaria em violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio da reserva legal em matéria penal.

Com efeito, é possível notar um grande temor acerca da criminalização de discursos religiosos que classificam a homossexualidade como pecado. Percebe-se, ao longo das petições,

¹⁵ Para o Ministro Marco Aurélio, a lei 7.716/89 não pode ser ampliada de modo a abarcar os atos homotransfóbicos, em virtude da taxatividade de seus termos – portanto, não se enquadraria no mandamento constitucional que exige a criminalização do racismo. Ele entendeu, ainda, que o vocábulo *punirá*, presente no inciso XLI do art. 5º da CRFB/88, não é equivalente ao vocábulo *criminalizará*, de modo que inexistiria obrigação do Congresso Nacional de elaborar tipo penal voltado para a criminalização específica da LGBTfobia. Dessa forma, inexistiria omissão legislativa, diante da ausência de obrigação de elaboração de sanção penal. Com base neste fundamento, o Ministro julgou a ADO nº 26 improcedente (na extensão em que a conheceu).

o receio de que líderes religiosos, escolas confessionais, pais e outros cidadãos sejam impedidos de expressar seus valores contrários à homoafetividade.

Noutro giro, a ANAJURE (Associação Nacional de Juristas Evangélicos) contesta a credibilidade dos dados de violência LGBTfóbica reunidos pelos peticionários à favor da criminalização. A Associação sugere que o problema da homotransfobia é menor do que se alardeia e alega que “na maioria dos casos, a vítima e o ofensor são homossexuais” (ANAJURE, 2019, p. 05). Não há, contudo, referência de onde essa informação foi retirada.

Nesse ponto, há que se observar que a dificuldade na obtenção de dados oficiais que permitam uma melhor captura da situação da população LGBT no Brasil também é reconhecida pelas entidades que requerem a procedência das ações. No entanto, a existência de poucas pesquisas oficiais se mostra como um fruto do desinteresse estatal em mapear a violência LGBTfóbica, o que indica uma face da homotransfobia institucional – assim, a dificuldade em obter índices oficiais é muito mais um indicativo da LGBTfobia do que uma prova de sua inexistência.

Em verdade, é mais provável que o quadro brasileiro de violência LGBTfóbica seja ainda maior do que indicam os relatórios elaborados por entidades da sociedade civil, considerando: a) a situação de marginalidade social, econômica e de assistência jurídica especializada de boa parte da minoria LGBT, b) a descaracterização formal, em muitos casos, da natureza homotransfóbica específica do evento quando a denúncia é feita, e c) a expectativa das vítimas de que, mesmo havendo notificação, o agressor não será punido (BAHIA; SILVA, 2015, p. 184).

É curioso observar, ainda, que argumentos tradicionalmente explorados pelo campo progressista são utilizados pelos grupos religiosos contrários à criminalização da homotransfobia, v.g a ineficácia da função preventiva do direito penal e a tese do direito penal mínimo. Esse ponto é especialmente intrigante, uma vez que a bancada evangélica¹⁶ tende a se posicionar de forma conservadora e punitivista¹⁷ ao longo das deliberações legislativas. Como

¹⁶ A bancada evangélica é uma das protagonistas na mobilização contra a pauta LGBT. 60% das propostas de lei pró-família patriarcal partem da bancada evangélica (LACERDA, 2018, p. 90).

¹⁷ Conforme expõe Marina Basso Lacerda (2018, pp. 105-142) a atuação da bancada evangélica no Congresso Nacional é pautada em um idealismo punitivista, manifestado pela apresentação de projetos de leis que enrijeçam a resposta penal.

identificado por Luiz Augusto Campos (2016), ao longo dos debates sobre a questão de gênero, as lideranças religiosas costumam adotar a estratégia discursiva de incorporação ao seu léxico de termos tradicionalmente empregados pela militância de esquerda com relação aos grupos minoritários.

Desconstrói-se, assim, a ideia de que o discurso contrário à criminalização da LGBTfobia é pautado unicamente em razões religiosas. Verificamos a utilização de argumentos que “não apelam necessariamente à autoridade biológica ou religiosa e assumem uma retórica protossociológica, em graus variáveis de elaboração, próxima àquela desposada pelos movimentos sociais da esquerda” (CAMPOS, 2016). Parafraseando a expressão cunhada por Luiz Augusto Campos (2016) a partir da “des-identificação religiosa” a bancada da Bíblia escolhe a estratégia política de recorrer a argumentos laicos e se apropria de argumentos tipicamente explorados pelos movimentos sociais, amoldando-os ao seu objetivo de impedir a agenda destes mesmos movimentos.

Marina Basso Lacerda (2016) assim avalia esse fenômeno:

A subversão de categorias próprias dos movimentos reivindicatórios e o uso massivo de argumentos jurídicos podem tanto ser encarados como retóricos, para esconder intenções religiosas em um Estado laico, ou mesmo para agregar elementos de convencimento a reivindicações que em sua origem são religiosas.

Entretanto, isso não significa dizer que os argumentos de ordem religiosa foram esquecidos. A retórica religiosa permanece presente, conforme explicita o seguinte trecho da sustentação oral do advogado da Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida: “[os LGBTs] desfilam nas capitais do país tocando bumbo, ofendendo a quem quer que seja, principalmente a Jesus Cristo, e nem por isso são atacados¹⁸”. A fala do advogado explicita um tipo de moralidade específica acerca da homossexualidade, alinhada a uma visão religiosa que percebe a homossexualidade como pecado.

A esse respeito, há que se notar que, apesar da crescente cristianização da vida pública, o princípio da laicidade veda que concepções morais religiosas particulares impeçam o Estado em seu dever de proteção aos direitos fundamentais. Os argumentos de convicção religiosa não podem ser usados com legitimidade no espaço democrático quando fundados em si mesmos,

¹⁸ Vídeo retirado do Youtube: **Pleno - Iniciado julgamento sobre criminalização da homofobia**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EmDZ_-lueJs&t=17s>. Acesso em: 13 out. 2019.

pois, em respeito ao princípio da laicidade, nenhuma religião determinará deveres e direitos para todos os cidadãos, uma vez que nem todos compartilham a religião dominante.

Ainda entre os apontamentos dos Amici Curiae contrários à criminalização, persiste o argumento de que a criminalização da homotransfobia representaria a criação de *superdireitos* para uma minoria. Para além da fragilidade deste argumento quando analisado à luz do princípio da igualdade material, Bahia e Silva (2015, p. 189) identificam uma contradição nesse discurso: A lei 7.716/89 já confere proteção especial a outras minorias (discriminadas por raça, cor, nacionalidade e, inclusive, religião). Assim, se a pretensão da inclusão da LGBTfobia na lei 7.716/89 se configura como busca por um privilégio, deve-se considerar também privilégio a proteção que a referida lei fornece aos grupos religiosos?

Como se nota, há diversos matizes na argumentação dos Amici Curiae contrários à criminalização, que combinam elementos conservadores, moralistas e garantistas. É possível notar a tentativa de afastamento dos argumentos de ordem religiosa, apesar de os mesmos serem empregados pontualmente ao longo dos discursos daquelas entidades contrárias aos pedidos da ADO n° 26 e MI n° 4733.

Por outro lado, os Amici Curiae favoráveis à criminalização reuniram seus argumentos, em especial, ao redor dos altos índices de violência homotransfóbica¹⁹ e na ausência de políticas efetivas para a promoção da cidadania da minoria LGBT. Também constituíram argumentos centrais o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como o princípio da proporcionalidade, na modalidade da vedação à proteção insuficiente.

Chama atenção, ainda, a diferença discursiva entre as manifestações dos Amici Curiae a favor e contra a procedência dos pleitos da ADO n° 26 e MI n° 4733. O uso reiterado de determinadas expressões demonstra uma rede de sentidos muito distinta para cada grupo. Nas manifestações contrárias à criminalização, são utilizados recorrentemente vocábulos como *opção sexual*, *homossexualismo*, *práticas homossexuais*, *estilo de vida homossexual* e *visão de mundo homossexual*. A transexualidade recebe pouca atenção pelos Amici Curiae contrários à

¹⁹ Para tanto, fizeram menção a pesquisas organizadas por ONGs favoráveis aos direitos humanos, como o Grupo Gay da Bahia, bem como a relatórios apresentados pela Secretaria de Direitos Humanos em anos anteriores.

criminalização da LGBTfobia, o que denota uma invisibilização das pessoas trans, que sequer são citadas ao longo da argumentação pela improcedência das ações.

Os termos supracitados parecem atuar no sentido de ressaltar uma série de diferenças entre os indivíduos homossexuais e heterossexuais. Note-se, por exemplo, que há certo consenso no campo científico e dos direitos humanos de que o emprego do sufixo “ismo” funciona como um indicativo de doença (LAURENTI, 1984), motivo pelo qual se busca evitar o emprego do termo *homossexualismo*, que pode exprimir a ideia de anormalidade. No entanto, o termo consta em diversas petições dos Amici Curiae contrários à criminalização da homotransfobia.

Outrossim, as expressões *estilo de vida/visão de mundo homossexual* pressupõem uma única forma de ser e se expressar enquanto LGBT, “turbando a heterogeneidade dos modos de viver o desejo e ‘praticar’ a sexualidade” (GERMANO e SAMPAIO, 2014, p. 292). O uso desses termos implica em uma generalização que atribui à qualquer pessoa de um grupo, independentemente da variação individual existente entre os seus membros, as mesmas características (NUNAN, 2003).

De forma parecida, os termos *opção sexual e práticas homossexuais* funcionam como um subterfúgio para sugerir que a vivência homossexual constitui um núcleo separado – e prescindível - da própria intimidade e identidade dessas pessoas. Essa percepção permite o acolhimento das minorias sexuais, desde que elas se engajem em um projeto de regeneração moral, pela libertação da homossexualidade. Assim, “a homossexualidade não é vista como uma identidade, mas como o *sintoma* de uma trajetória pessoal percorrida em ambientes que não correspondem ao modelo ideal da família cristã” (NATIVIDADE e OLIVEIRA, 2009). Como sinalizam Machado et al (2010, p. 84), “a concepção da homossexualidade como uma opção imprime um caráter contingente a essa expressão da sexualidade, recolocando a expectativa de que esta seja abandonada”.

Adotando estratégia discursiva diametralmente oposta, os Amici Curiae favoráveis à criminalização utilizam termos como *homossexualidade, homoafetividade, orientação sexual*,

*diversidade sexual e heterossexismo*²⁰. A esse respeito, interessante a observação de Roger Raupp Rios (2018, p. 149), que tece críticas à escolha discursiva da militância LGBT pela exaltação da categoria do afeto como argumento antidiscriminatório. Isto porque, segundo o autor, a afetividade adquire força argumentativa de um salvo-conduto para as sexualidades que fogem à heteronormatividade, “servindo como um mecanismo de anulação, por compensação, de práticas e preferências heterodoxas, cujo desvalor fica contrabalanceado pela ‘pureza dos sentimentos’”.

2.5. A teoria do racismo social

Como fundamento do pedido de aplicação da lei antirracismo aos casos de homotransfobia, os autores da ADO nº 26 e MI nº 4733 recorreram à teoria do racismo social, que tomou corpo no debate jurídico brasileiro a partir do *leading case* “Caso Ellwanger”.

Originariamente, Ellwanger foi denunciado pelo Ministério Público pela prática do tipo penal previsto no art. 20²¹ da Lei nº 7.716/89, por escrever, divulgar e vender livros que negavam o Holocausto e atribuíam características negativas aos judeus. Absolvido em 1ª instância, teve a sentença reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que condenou Ellwanger a dois anos de reclusão, pelo crime de racismo. Diante disso, Ellwanger impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal de Justiça, não obtendo sucesso. Em seguida, impetrou o *habeas corpus* nº 82.424/RS perante o Supremo Tribunal Federal, que foi denegado. Com efeito, este julgamento trouxe à tona um caloroso debate sobre o alcance semântico dos conceitos de raça e racismo, bem como dos limites da liberdade de expressão.

Em suas razões, Ellwanger pretendia afastar a imputação do delito de racismo por força do art. 5º, XLII, da CRFB/88, que assim dispõe:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e **imprescritível**, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. (grifou-se)

²⁰Segundo Welzer-Lang (2001), o heterossexismo seria a prática reiterada da naturalização da heterossexualidade, de forma a transformá-la em referencial de normalidade da sexualidade.

²¹ Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

O argumento central empregado foi o de que os judeus não constituem uma raça, mas sim um povo, o que obstaria a subsunção de sua conduta à lei antirracismo. Desta forma, afastar-se-ia a cláusula de imprescritibilidade prevista constitucionalmente para o crime da prática de racismo. Nesse aspecto, a tese da defesa pretendia limitar a condenação de Ellwanger ao delito de discriminação contra os judeus, que não teria conotação racial para a atribuição de imprescritibilidade. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, rechaçou as razões da defesa e manteve a condenação de Siegfried, a partir da aplicação da tese do racismo social.

Conforme se infere da ementa do julgado, a referida tese se desenvolve a partir de uma visão histórico-social do racismo, ultrapassando a definição meramente genética e biológica do fenômeno. Diante da comprovação científica de inexistência de diferenças genéticas ou biológicas relevantes entre indivíduos de cores e etnias diferentes, o racismo só pode ser compreendido a partir dos conceitos etimológicos e sociológicos. Afinal, se a comunidade científica atesta a existência de uma única raça humana – o *homo sapiens* – restringir o racismo à cor da pele ou fenótipo carece de lógica, uma vez que as teorias racistas não tem fundamentação biológica, se tratando de meras manipulações discursivas que visam impor uma distância entre as classes dominantes e dominados. Para evitar o risco de o racismo se tornar verdadeiro crime impossível, diante de estudos como o Projeto Genoma²², que apontam a existência de uma única raça humana, sem subdivisões, é necessário analisá-lo sob a lente histórico-política.

A consolidação da perspectiva que compreende a criação das raças humanas como uma construção política, instrumentalizada para a subjugação de grupos minoritários não pode servir à minimização do sofrimento e perversidade gerados pelo racismo. Ainda que as raças humanas não existam, o racismo existe e produz efeitos: Cria desigualdades sociais, delimita possibilidades e espaços a serem ocupados na sociedade pelos indivíduos.

Portanto, é apenas através de um olhar histórico-político que podemos notar que o conceito de raças humanas foi forjado com o escopo de submeter determinados grupos marginalizados às vontades dos grupos majoritários. Desde o seu surgimento, o conceito de

²² Em 2003, alguns cientistas rastream o sequenciamento genético de 94% do DNA humano, no chamado Projeto Genoma. Comprovou-se, então, a não existência de raças humanas, ao contrário do que muitos afirmaram no passado, com as teorias raciais (como o eugenismo e o darwinismo social). Para saber mais, acessar: < <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v26n4/1983-8042-bioet-26-04-0506.pdf>>.

raça foi utilizado como justificativa para a imposição de relações de poder. Nos alertam Carvalho e Duarte (2017, p. 48) que “a raça jamais foi um erro científico, pois sempre foi uma decisão política dentro da ciência”. Assim, é possível perceber a inexistência de subdivisão da raça humana sob a ótica genética ou biológica, mas somente sociológica.

Nesse sentido, o julgamento do caso Ellwanger sedimentou, no âmbito jurídico, o entendimento de racismo enquanto um fenômeno sociológico complexo e historicamente construído. Assim entende Guilherme Nucci (2017, p. 758):

[o julgamento] Abre precedente para que o termo racismo seja o gênero do qual se espelham as demais espécies de preconceito e discriminação, como cor, origem, etnia e, inclusive, ilustrando, por orientação sexual. [...] Se racismo é a mentalidade segregacionista não há dúvida de que se deve proteger todos os agrupamentos sociais, independentemente de padrão físico ou ascendência comum.

Partindo desse entendimento, o conceito de raça seria gênero que abarca, como espécies suas, diversas formas de discriminação perpetradas na sociedade, inclusive aquelas que tem como alvo a comunidade LGBT. Dessa maneira, a criminalização de tais práticas por intermédio da aplicação da lei nº 7.716/89 representaria a efetivação do mandamento constitucional previsto no inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

O viés social do racismo é ratificado a nível internacional, por meio de um sistema universal de proteção aos direitos humanos. Esse aspecto não foi ignorado pelos Ministros, os quais demonstraram grande interesse relativo à ordem internacional. Os votos fizeram referência a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, notadamente a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação Racial²³ (ONU, 1965), os Princípios de Yogyakarta²⁴ e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica)²⁵.

O Relator Celso de Mello assim expôs em seu voto:

Na verdade, o exame do conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração de Durban e Programa de Ação (2001), entre outros – revela que a comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância que, representando a negação da igualdade e da dignidade que qualificam os seres humanos, fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais (BRASIL, 2019, p. 81).

Nesse ponto, cabe rememorar que a Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional no que concerne aos direitos humanos como se depreende de seu art. 5º, §2º, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Não se pode olvidar, ainda, que a redação original da Lei n.º 7.716/1989 se limitava a punir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Apenas em 1997, por meio da promulgação da Lei n.º 9.459, foram incluídas na lei antirracismo a etnia, a religião e a procedência nacional como espécies de preconceito puníveis. Nesse ponto, se a ausência de criminalização da LGBTfobia pelo Congresso Nacional se baseia na rejeição à tese do racismo social, a legislação deveria se limitar a punir os crimes de preconceito e discriminação

²³ Art 1º, §1: Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

²⁴ Em 2006, a Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, elaborou uma carta de princípios, em uma reunião realizada na Indonésia. A elaboração dos Princípios de Yogyakarta teve como objetivo o combate à discriminação motivada por orientação sexual e identidade de gênero, bem como elucidar algumas questões pertinentes à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

²⁵ Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

estritamente relacionados à cor, à raça e à etnia – no entanto, levando-se em conta que a discriminação decorrente da procedência nacional e religião da vítima foram incluídos na lei n.º 7.716/89, parece evidente a posição do legislador em flexibilizar o alcance do termo racismo, de modo a englobar condutas diversas, não necessariamente associadas à cor da pele, à raça ou à etnia, mas relativas à estrutura social de modo geral, conforme preceitua a teoria do racismo social (CABRAL, 2019, p. 24).

Foi a partir desta linha de raciocínio, que entende ser o racismo social gênero do qual seriam espécies a homofobia e a transfobia, que o PPS e a ABGLT basearam a apontada omissão inconstitucional do Congresso Nacional na regulação do art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal.

2.6. O princípio da legalidade, analogia in malam partem e os limites do Supremo: Algumas considerações

O Estado Democrático de Direito importa no respeito ao princípio da legalidade, uma vez que demanda a subordinação de todos à lei. O texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, dispõe que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁶ sintetiza os princípios da reserva legal e da anterioridade.

Conforme expõe Nilo Batista (2011, p. 63), “o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”. O referido princípio atua como limite ao *ius puniendi*, estabelecendo que “a lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça a ameaça de sanção” (GRECO, 2015, p. 144).

A esse respeito, leciona Hungria (1958, p. 13) que “a lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais do direito”, ou pelo costume”. O princípio da legalidade impõe um limite à atuação do poder punitivo, de forma a obstar a persecução penal de um indivíduo que tenha praticado, em determinado espaço de tempo, conduta atípica que

²⁶ Expressão latina cunhada por Feuerbach no início do século XIX, que assim pode ser traduzida: Não há crime nem punição sem lei que os defina.

veio a ser tipificada posteriormente pela lei. Conforme aponta Baratta (1987, p. 07), “isso exclui, particularmente, a possibilidade de introduzir penas no âmbito de qualquer dos poderes do Estado que não seja o Legislativo”.

De modo semelhante, mas com contornos específicos, tem-se o princípio da reserva legal. Antes de abordarmos o mencionado princípio, cabe tecermos uma observação: Parte da doutrina considera não haver distinção entre o princípio da legalidade e da reserva legal, enquanto outros estudiosos defendem que o princípio da legalidade é gênero que comporta como espécies os subprincípios da reserva legal e da anterioridade²⁷. No entanto, entendemos que essa discussão se revela secundária para o objetivo do presente trabalho, eis que nosso foco é a análise da repercussão prática dos referidos princípios para o âmbito penal.

O princípio da reserva legal impede a tipificação de condutas por intermédio de atos normativos que não a lei formal em sentido estrito. Cezar Roberto Bitencourt explica que o princípio da reserva legal “significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de acordo com as previsões constitucionais a respeito” (BITENCOURT, 2015, p. 51). Como o art. 22, I, da CRFB/88 estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, depreende-se que as normas legais incriminadoras somente podem ser elaboradas pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, também aponta Júlio Fabbrini Mirabete (2013, 40) que:

O também denominado princípio da reserva legal tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta não só outras fontes do direito como as regras jurídicas que não são lei em sentido estrito.

Os Ministros que decidiram pela procedência das ações o fizeram sob o argumento de que a inclusão da homotransfobia na lei antirracismo encontra fundamento na interpretação extensiva (mais especificamente, na interpretação analógica), que é admitida no Direito Penal. Para os Ministros, a aplicação da tese do racismo social reteoriza o termo “raça” – presente na lei 7.716/89 – como um conceito aberto, que comporta certa fluidez, podendo abarcar a

²⁷ Alguns doutrinadores trabalham, inclusive, com a ideia de um subprincípio da taxatividade, que impõe ao legislador a elaboração de norma penal que disponha de forma clara e sucinta a norma proibitiva e suas sanções no âmbito penal.

orientação sexual e a identidade de gênero. A partir dessa ideia, os julgadores pontuam que no caso em análise não há que se falar em analogia *in malam partem*, tratando-se de mero processo interpretativo da legislação infraconstitucional.

Ilustrativo, a esse respeito, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que evidencia as diversas possibilidades interpretativas em relação à lei 7.716/89:

Na presente hipótese, consequentemente, está presente o necessário “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal. Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (condutas homofóbicas e transfóbicas) (BRASIL, 2019, p. 42-43)

Aqui, se faz necessário diferenciar a analogia da interpretação analógica, espécie do gênero interpretação extensiva. Ambos os métodos pretendem dar coesão ao direito positivo, possibilitando o exercício da função jurisdicional pelo Estado a despeito de eventuais lacunas desse sistema. Diante da impossibilidade do legislador prever todas as situações da vida que demandem respaldo legal, a analogia e da interpretação analógica se apresentam como mecanismos que permitem a completude do ordenamento jurídico.

A interpretação analógica amplia o conteúdo da norma penal, extraíndo um sentido que já estava lá, no entanto não chegou a ser explicitado pelo legislador. Os casos que permitem a aplicação da interpretação analógica encontram-se previstos na própria norma legal, estendendo-a para situações análogas. Nos dizeres de Rogério Greco (2015, p. 90), “interpretação analógica quer dizer que a uma fórmula casuística, que servirá de norte ao exegeta, segue-se uma fórmula genérica”.

Tomemos como exemplo as qualificadoras do crime de homicídio: O artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal dispõe que será considerado homicídio qualificado aquele cometido “mediante paga ou promessa de recompensa, **ou por outro motivo torpe**” (grifo acrescido).

Trata-se de evidente permissão da interpretação analógica; o legislador prevê casos específicos que qualificam o homicídio, para em seguida apresentar uma fórmula genérica (“ou por outro motivo torpe”) – assim, caso o julgador verifique no caso concreto a presença de circunstâncias semelhantes às aquelas explicitamente previstas no tipo penal, poderá aplicar a qualificadora, vez que a parte final do texto permite que o faça.

O mesmo ocorre na hipótese do artigo 121, §2º, inciso III, conforme se verifica a partir da inserção do trecho “ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”. Permite-se que o intérprete da lei a aplique para outros meios similares aos primeiros (especificados na redação do dispositivo), que também sejam configuradores de insídia, crueldade ou perigo comum. O legislador deixou claro a possibilidade de utilização da interpretação analógica, permitindo ao aplicador da lei que reconheça as circunstâncias que não foram explicitadas no texto legal, mas são análogas às aquelas circunstâncias exibidas no tipo penal. Assim, “no limite da semelhança referida à casuística exemplificativa, cabe ao juiz reconhecer as hipóteses não previstas individualmente” (HUNGRIA, 1958, p. 89).

Por outro lado, a analogia é método autointegrativo da norma, por meio da qual se aplica a solução prevista para determinado caso a um outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico (PRADO, 2018, p. 117). Esse aspecto evidencia a diferença da analogia e da interpretação analógica – naquela há verdadeira lacuna da lei que cuide do caso concreto, recorrendo o intérprete a uma espécie de “empréstimo” de lei existente no ordenamento jurídico, pressupondo uma semelhança entre as situações. Noutro giro, a interpretação analógica é autorizada pelo próprio legislador, e decorre de sua impossibilidade de contemplar no texto legal todas as possibilidades fáticas, o que o leva a listar alguns exemplos para, em seguida, encerrar o texto legal de forma genérica, brindando o intérprete com limitado poder de interpretação.

A esse respeito, esclarece Nilo Batista (2015, p. 72):

Chama-se analogia o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira. **No direito, teríamos analogia quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa solução legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante.** (grifou-se)

Na analogia, recorre-se a uma lei que regula outra situação que não é a mesma verificada no caso concreto. De acordo com a doutrina, há a possibilidade do uso da analogia penal *in bonam partem*, isto é, na hipótese de beneficiar o réu. É aí que a analogia encontra o seu limite no direito penal brasileiro, afinal, a chamada analogia *in malam partem* – aquela que traz prejuízo ao réu – não é admitida²⁸. Nos dizeres de Julio Fabbrini Mirabete (2013, p. 40) em decorrência do princípio da reserva legal, é vedada a aplicação da analogia *in malam partem* no direito penal incriminador.

O argumento de que a criminalização da homotransfobia se trataria de interpretação analógica resta frustrado diante da inexistência de fórmula genérica prevista na redação da lei 7.716/89. Em verdade, a redefinição do conceito de raça a partir da inclusão das espécies “homofobia” e “transfobia” no gênero “racismo” trata-se de aplicação da analogia. Concordamos com Cabral (2019, p. 58), quando este indica que a aplicação do método de interpretação extensiva ao caso em análise só seria possível a partir do pressuposto argumentativo de que o legislador criminalizou “o menos”, por meio da tipificação dos crimes de discriminação em razão da raça, da cor, da religião, da etnia e da procedência nacional; e que, por isso, implicitamente, teve o intuito de criminalizar também “o mais”, consubstanciado aqui como o crime de discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero.

Os votos dos Ministros que votaram a favor da criminalização da homotransfobia admitem a lacuna legislativa para tratar dos casos de homotransfobia, reconhecendo a mora inconstitucional. Ora, ao admitirem a lacuna no ordenamento jurídico, os próprios julgadores explicitam que, no caso em tela, procedem à aplicação do termo “raça”, previsto em lei já existente, à homotransfobia, situação que não está prevista expressamente em lei. E como já demonstrado, a aplicação de uma norma legal a uma situação que não possui respaldo legal vai ao encontro da noção de analogia. Assim, entendemos que o Supremo Tribunal Federal, ao incluir a orientação sexual e identidade de gênero no conceito de raça disposto na lei 7.716/89, incorreu, ainda que de forma velada, em *analogia in malam partem*.

²⁸ Apesar da analogia ser um recurso amplamente utilizado em outros segmentos do direito, aplicando-se aos casos de omissão legislativa (conforme previsto no art. 4º da LINDB), no direito penal somente se permite o uso da analogia quando esta beneficie ao réu, nunca seu prejuízo.

Ainda que a construção argumentativa dos Ministros tenha se dado no sentido de que a criminalização da homotransfobia a partir de sua inclusão no rol da lei antirracismo, no que Celso de Mello classificou de interpretação mediante a Constituição²⁹, é necessário que o processo hermenêutico perpassasse pelos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. A inobservância ou relativização dos princípios basilares do direito penal, verificadas no julgamento em questão, tem como resultado a ampliação da restrição ao direito fundamental de liberdade por meio do exercício de analogia *in malam partem*.

Nesse ponto, há que se destacar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio de Mello, que argumentou que o alcance da lei antirracismo não pode ser ampliado para os atos homotransfóbicos, em razão de sua taxatividade. Em seu voto, no qual se manifestou pela improcedência da ADO n° 26³⁰, registrou que a criminalização da homotransfobia, via prestação jurisdicional, viola o princípio da legalidade e a separação dos poderes:

O reconhecimento da taxatividade dos preceitos, os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso, rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na lei 7716/89 a partir de eventual identidade, considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética e estrita, vinculada aos limites do texto. Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre direito penal, cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição pelo Presidente da República, de Medida Provisória a dispor sobre a matéria (BRASIL, 2019).

O Ministro Ricardo Lewandowski, cujo voto foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, reconheceu a mora legislativa inconstitucional diante do não cumprimento do mandado de criminalização do art. 5º, XLI da CRFB /88. No entanto, em virtude de tratar-se de matéria penal, entendeu que a criminalização de condutas pelo STF implicaria em violação ao princípio da reserva legal. Assim, votou pela parcial procedência da ação, apenas para reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências

²⁹ “A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça” permite reconhecer que se mostra plenamente adequado o emprego, na espécie, tal como preconizado pela douta Procuradoria-Geral da República, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte” (BRASIL, 2019, p. 93).

³⁰ Com relação ao MI n° 4733, o Ministro não o conheceu, por entender que o Mandado de Injunção é via a ser utilizada em situações de impossibilidade de exercício onde direito subjetivo pelo impetrante – condição não verificada no caso, uma vez que o MI pleiteia a criminalização da homotransfobia e o direito de punir pertence ao Estado.

necessárias. O Ministro não fixou prazo para a criminalização da LGBTfobia a ser cumprido pelo Poder Legislativo.

Os votos vencidos foram os que mais se aproximaram da discussão de natureza técnico-legal, a partir da análise principiológica constitucional-penal. Em consonância aos argumentos suscitados nos votos vencidos, citamos o artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico pelos professores Lênio Streck, Ingo Sarlet, Clèmerson Merlin Clève, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Flávio Pansieri, que apresentaram fortes críticas à tese defendida pelo PPS e AGBLT.

Para os professores, os argumentos dos autores estão eivados de equívocos, a saber: a) o art. 5º, XLI da CRFB/88 não menciona de forma explícita que a punição de discriminações atentatórias contra os direitos fundamentais se dará por meio de tutela penal, como faria, por exemplo, o art. 5º, XLII; b) a legalidade estrita em matéria penal, conforme o art. 5º, XXIX da CRFB/88, impede a possibilidade de criminalização da LGBTfobia por meio de decisão do STF; c) diante da inexistência de mandado constitucional de criminalização da homotransfobia, o Poder Judiciário estaria usurpando a competência política do Poder Legislativo; d) a tese da vedação à proteção insuficiente jamais teria sido utilizada como fundamento para a criminalização judicial de condutas; e) a ausência de um direito subjetivo inviabilizado pela omissão implicaria no não conhecimento do Mandado de Injunção nº 4733 (CLEVE et al, 2019).

Há que se destacar, ainda, os perigos da escolha de se enquadrar os atos homotransfóbicos na lei antirracismo. Isto porque o crime de racismo é imprescritível. Em que pese a cláusula de imprescritibilidade tenha sido adotada pelo legislador para destacar a gravidade do crime, cabe lembrar que é exceção no direito brasileiro e deve ser avaliado com muita cautela.

Nesse aspecto, parece paradoxal que o constituinte tenha desconsiderado o papel garantidor que reveste o instituto da prescrição, enquanto direito individual à segurança jurídica, a partir da justificação da proteção absoluta ao direito fundamental à não discriminação. Corroboramos, aqui, o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 654), para quem nem mesmo o mais hediondo crime, visto com asco pelo consenso jurídico e social, merece ter a imprescritibilidade como pena.

Diante disso, concordamos com Salo de Carvalho quando este argumenta que a aplicação da lei 7.716/89 aos casos de homotransfobia não parece ser a melhor saída. Ainda que se pense em uma estratégia criminalizadora, seria menos danosa a adoção de uma estratégia normativa nos moldes da lei Maria da Penha, que “projetou a construção de um novo modelo de gestão de conflitos, para além das estruturas dogmáticas que reduzem os problemas às esferas penal e civil” (CARVALHO, 2012a, p. 203).

A estruturação da lei 11.340/2006 pode ser compreendida a partir de três eixos principais de medidas de intervenção: Criminal – no aspecto da proteção dos direitos e da integridade física da mulher - mas também de prevenção e educação. Estas últimas medidas revelam que a referida lei não limita a sua atuação apenas no âmbito jurídico, mas se preocupa com a formulação de políticas que envolvam ainda a saúde, a assistência social e a educação (PASINATO, 2015, p. 536). Nesse ponto, há que se destacar o caráter integrador e educativo que se verifica na lei Maria da Penha, a qual prevê atividades de ressocialização e reeducação do agressor³¹. O que se percebe é que a referida lei estabeleceu um microssistema que pretende garantir à vítima de violência a reparação dos danos causados, por meio de um conjunto de medidas protetivas de urgência que se dedicam ao acolhimento da mulher, além da previsão de competência híbrida (criminal e cível) que contempla as especificidades que abrangem esta forma de violência. Assim, a consideramos mais apta a promover uma efetiva transformação social do que a lei 7.716/89.

Além disso, a inclusão das condutas homotransfóbicas na lei antirracismo dilui a questão LGBT num espectro maior de discriminações (as questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional), “retirando a unicidade das reivindicações do movimento negro e do movimento LGBT que possuem pautas e motivações socioculturais sobremaneira diferentes” (MASIERO, 2014).

³¹ Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

(...)

IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Por fim, registramos que, em que pese o notável valor moral e social que expressam as petições iniciais da ADO nº 26 e MI nº 4733, os limites constitucionais impedem a atuação do Poder Judiciário na criação de legislação penal incriminadora. Como aprofundaremos no próximo capítulo, pode se mostrar mais prudente que os movimentos sociais canalizem o combate da violência contra a população LGBT para outras áreas que não o direito penal – ou, ao menos, para que a criminalização da homotransfobia não seja feita por meio do Poder Judiciário.

Ao nosso ver, a constatação da situação de vulnerabilidade na qual a população LGBT se encontra não pode justificar o atropelo de princípios do direito penal, sob pena de se colocar o Estado Democrático de Direito em risco. Não nos esqueçamos, ainda, que o uso analogia na seara penal foi utilizado recorrentemente em momentos históricos caracterizados pelo autoritarismo e opressão estatal - a exemplo da Alemanha Nazista - constituindo verdadeiro atropelo das liberdades fundamentais do homem (FRAGOSO, 1971, p. 04).

Ressaltamos, aqui, a relevância dos princípios para o ordenamento jurídico brasileiro. Em suas lições, Barroso relembra que “na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão meramente axiológica” (2003, pp. 147-148). Atualmente, é sedimentado na doutrina o reconhecimento dos princípios como normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Miguel Reale (2002, p. 303) afirma que os princípios são verdades fundantes de um sistema particular de conhecimento.

Assim, verifica-se que o respeito a princípios do direito penal não se afigura como mera formalidade ou preocupação acessória, mas verdadeira dimensão essencial de um direito penal que se pretenda minimamente racional. Não se pode tolerar o atropelo de princípios básicos do direito penal, se reconhecemos o seu valor e os entendemos como “plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um Estado de Direito democrático” (BATISTA, 2011, p. 59).

2.7. A vedação à proteção insuficiente e os mandados de criminalização

O princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da vedação à proteção insuficiente, foi abordado pelos Ministros Relatores Celso de Mello e Edson Fachin, bem como o Ministro Gilmar Mendes. O princípio foi utilizado como argumento favorável à criminalização da LGBTfobia.

O princípio da proporcionalidade possui uma dupla dimensão na esfera penal: A primeira, caracterizada pela proibição do excesso (*Übermassverbot*), que atua em um sentido negativo, para proteger o indivíduo de eventuais arbitrariedades do Estado. A segunda dimensão deste princípio, denominada como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), demanda ações efetivas do Estado para, dentro do seu campo de atuação, proteger os direitos fundamentais.

Esse dever de proteção em matéria penal dos direitos fundamentais vincula o legislador, diminuindo o seu poder de discricionariedade – afinal, impõe-se uma restrição ao seu espaço de atuação e conformação, além de obrigá-lo a adotar medidas legislativas que protejam, de forma eficaz, os direitos fundamentais.

Nesse contexto, surge a teoria dos mandados de criminalização. Assim conceitua Pontes (2008, p. 152):

Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Pode-se entender, portanto, os mandados de criminalização como mecanismos da proteção dos direitos fundamentais, a partir da “afirmação constitucional da dignidade penal de um bem jurídico e, simultaneamente, da necessidade de sua tutela através do Direito Penal” (OLIVEIRA, 2010, p. 128).

Entendemos que a teoria não oferece maiores explicações sobre os motivos pelos quais os meios extrapenais seriam, necessariamente, insuficientes na promoção dos direitos fundamentais. Da mesma forma, o que garante que a tutela penal proverá, de forma eficiente, a proteção dos direitos fundamentais?

Conforme observa Eric Baracho Dore Fernandes (2014, p. 63), a partir da obra da professora Maria da Conceição Ferreira da Cunha (1995), como decorrência dos mandados de criminalização constitucionais, existem a criminalização legítima e a criminalização obrigatória. Nem toda criminalização legítima seria obrigatória, uma vez que a tipificação de uma conduta, em regra, pressupõe um juízo de ampla discricionariedade pelo legislador, a quem caberá identificar a adequação e necessidade do direito penal para a proteção do valor ou bem juridicamente tutelado. Caso contrário, tem-se o risco de um expansionismo desmedido do direito penal, para que este tutele todos os valores constitucionalmente previstos.

Não há dúvidas de que a criminalização da homofobia constitui, a princípio, um exemplo de criminalização legítima. Outra questão, muito mais complexa, é a possibilidade de se reconhecer hipóteses de criminalização obrigatória, derivada de um dever constitucional de proteção. Em outras palavras, se a proteção suficiente de determinado bem ou valor constitucionalmente protegido exige o direito penal como um meio obrigatório para fazê-lo.

Essa questão recebeu a atenção do Ministro Marco Aurélio de Mello, que entende que o inciso XLI do art. 5º da CRFB/88 não constitui um mandado de criminalização. Para o Ministro, a utilização do vocábulo *punirá* e não *criminalizará* abre outras possibilidades de resposta estatal para além da sanção penal. Assim, inexistiria mandado constitucional de se criminalizar a homotransfobia, eis que: a) a homotransfobia não pode ser considerada forma de racismo – este sim, um mandado de criminalização explícito - diante do rol taxativo da lei 7.716/89; b) o art. 5º, inciso XLI³² emprega o termo *punirá* e não *criminalizará*, inexistindo, assim, previsão constitucional expressa da necessidade de se submeter os atos discriminatórios à tutela penal³³.

Não obstante os questionamentos aqui levantados, o fato é que a doutrina dos mandados de criminalização possui ampla aceitação no direito brasileiro e foi largamente utilizada nos votos dos Ministros.

³² XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

³³ “[...] o direito é ciência, possuindo expressões e vocábulos com sentido próprio, descabendo equiparar a forma verbal *punirá*, gênero, à *criminalizará*, espécie, presente a oportunidade de ter-se observado o comando constitucional a instituição de sanções estranhas ao campo penal. Eventual opção pela criminalização, a partir do vocábulo gênero *punirá*, de condutas motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou suposta da vítima há que se dar em esfera própria, em outra parte da praça dos Três Poderes, que não o Plenário do Supremo(...)” (BRASIL, 2019).

2.8. Judicialização da política e o papel contramajoritário da jurisdição constitucional

Ao voltarmos o nosso olhar para o atual cenário brasileiro, no qual a maior parte do Poder Legislativo é constituído por políticos conservadores e inexistente qualquer previsão constitucional específica de proteção à população LGBT, é compreensível que os movimentos sociais vislumbrem no Poder Judiciário uma possibilidade da efetivação sua cidadania. Afinal, foi pela via judicial que se ampliou, nos últimos anos, a gama de direitos das minorias, a exemplo do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e adoção por casais homoafetivos.

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal tem exercido em larga escala a sua função contramajoritária, ao dar amparo para as minorias que, diante das dificuldades encontradas na arena política, recorrem ao Poder Judiciário para materializar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Esse mecanismo é de suma importância para impedir que a democracia se transforme em uma tirania da maioria.

Entretanto, o fenômeno da crescente judicialização da política não é isento de problemas. Incumbir a garantia dos direitos das minorias ao Supremo Tribunal Federal pode parecer uma boa ideia no atual momento, em que todos os atuais ministros do STF podem ser classificados como progressistas, ou pelo menos, progressistas moderados. No entanto, esse quadro pode mudar em muito breve – afinal, não se pode esquecer que a indicação dos Ministros da Corte Constitucional é política. Nesse ponto, o julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733 representa um precedente que pode ser manipulado no futuro para a criminalização, via jurisdição constitucional, de outras condutas (cujo conteúdo não estará, necessariamente, preocupado com a proteção de minorias). Esse argumento não pode ser ignorado, sobretudo em tempos de crescimento vertiginoso de uma política neoconservadora.

Outrossim, existem outros lócus de disputa e reivindicação, a exemplo da política representativa ordinária dos parlamentos e partidos, bem como o campo informal do ativismo social. É bem verdade que “a probabilidade de exercer um poder político (seja qual for) aumenta conforme a posição na hierarquia social (...)” (GAXIE, 2012), o que dificulta o acesso das classes marginalizadas – entre as quais se inclui a população LGBT - à arena política. No

entanto, apenas a ampla mobilização é capaz de efetiva transformação social, e a reivindicação de direitos e mudanças jurídicas das pautas LGBT deve buscar os diversos canais e estratégias possíveis (CARDINALI, 2018, p. 214). A ampliação dessas táticas é o que possibilitará o acesso das minorias sexuais aos canais de formação discursiva da opinião pública.

Nesse contexto de incapacidade da comunidade LGBT em eleger representantes³⁴, João Silvério Trevisan (2018, pp. 503-504) aponta a necessidade de se pensar na construção de candidaturas viáveis comprometidas com esta pauta. Essa demanda é especialmente urgente para a reversão do quadro atual do Congresso Nacional, que se guia pelo conservadorismo e a agenda dos “bons costumes”. O exercício da cidadania e a ampliação de direitos da comunidade LGBT precisa ir para além do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ressaltar, ainda, que historicamente o movimento LGBT alcançou uma série de conquistas sociais por meio de outros canais que não o Poder Judiciário. Nesse ponto, rememoramos a conquista do tratamento universal para HIV, resultado da pressão da comunidade LGBT durante a década de 1990; a criação de setoriais dedicados à causa LGBT em partidos políticos; a criação de secretarias de direitos humanos, que trabalham, em larga medida, com a causa LGBT.

2.9. Os direitos fundamentais em jogo

A Constituição de 1988 contém um amplo catálogo de direitos fundamentais, que consagram variadas liberdades e convergem para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Nos dizeres de Paulo Bonavides (2004, p. 561), “[...] os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança”. Como não poderia deixar de ser em um julgamento de tamanha envergadura, os direitos fundamentais foram ponto central nos votos dos Ministros.

³⁴ Nas eleições de 2019, apenas dois parlamentares assumidamente homossexuais foram eleitos, em nível federal: O senador Flávio Contarato (Rede-ES) e o deputado federal Jean Wyllys (que deixou o país após sofrer diversas ameaças, sendo substituído por David Miranda; ambos são do PSOL). Com relação a representantes trans, não há nenhum no Congresso Nacional. A nível estadual, Erica Malunguinho (PSOL), deputada eleita pelo estado de São Paulo, é a primeira parlamentar trans eleita no Brasil.

O ponto comum, abordado por todos os Ministros foi o princípio da dignidade da pessoa humana³⁵. Concebido como direito indisponível, indivisível e elemento fundamental da República, tal princípio enuncia que é na pessoa humana que se encontra o valor fundante do Estado e da democracia. A partir de uma perspectiva kantiana deste princípio, que nega a instrumentalização do indivíduo, consagra-se a ideia de que o homem é um fim em si mesmo, e possui um valor absoluto intrínseco. A esse respeito, discorre Sarlet:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 383)

O princípio da dignidade da pessoa humana confere ao indivíduo o poder de autodeterminar o que lhe parece essencial à realização plena de sua personalidade. A partir dessa perspectiva, há que se considerar os direitos sexuais como uma expressão da dignidade da pessoa humana. Assim entenderam os Ministros, quando observaram que a garantia à autonomia individual, à autodeterminação, ao livre desenvolvimento da personalidade e à diversidade dos projetos de vida dão concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido foi o voto da Ministra Rosa Weber:

O direito à própria individualidade, à própria identidade – aí compreendidas a identidade sexual e de gênero – traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais; isto porque é a partir do reconhecimento da identidade que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a que pertence. O direito da autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, tomada como valor fonte a informar e conformar todo o ordenamento constitucional (BRASIL, 2019).

Como se pode notar facilmente, as violências (sejam físicas, psicológicas ou institucionais) direcionadas para a população LGBT representam um empecilho ao gozo de uma

³⁵ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
III - a dignidade da pessoa humana.

vida digna e ao exercício do direito pela busca da felicidade. Da mesma forma, a partir do entendimento de que a autonomia privada de cada indivíduo decorre do direito à liberdade, “não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência” (BARROSO, 2011, p. 124).

Ao longo dos votos proferidos, pode-se observar um movimento importante de afirmação da liberdade sexual como direito fundamental, na esteira do pensamento de Rios (2015, p. 86), para quem “os direitos sexuais dizem respeito à concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na esfera da sexualidade”. Essa percepção fica evidente a partir do destaque dado à relação entre o direito de liberdade geral e a liberdade sexual, bem como a proteção constitucional, derivada da vedação à qualquer tipo de discriminação, contra a violência motivada pela homotransfobia.

Outro direito fundamental muito explorado pelos Ministros na fundamentação de seus votos foi o princípio da igualdade. Já no preâmbulo da Constituição é possível localizar a igualdade como valor supremo “de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, o que indica o compromisso do poder constituinte com a construção da igualdade e com a luta contra a discriminação. Conforme se verifica da leitura dos objetivos fundamentais da República, o constituinte originário não pretendeu atribuir ao Estado o papel de espectador neutro nos conflitos sociais. Ao contrário, partindo da premissa de que a sociedade brasileira é desigual, e de que nela subsistem o preconceito e a discriminação, prescreveu-se a necessidade de o Estado mitigar as desigualdades sociais e promover a inclusão social de grupos tradicionalmente estigmatizados.

Considerando que o Brasil é um Estado Democrático de Direito³⁶, exige-se uma releitura dos direitos fundamentais como então eram conhecidos no Estado Liberal e no Estado Social – nesse contexto, atribui-se um novo significado à igualdade, que deixa de ser apenas formal (a qual se restringe à efetiva aplicação do mesmo direito a todos), como no Estado Liberal, ou homogeneizante, como no Estado Social.

³⁶ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** [...] (grifou-se).

Nesse novo paradigma, o princípio da igualdade é visto, sobretudo, como respeito às diferenças³⁷ e à pluralidade, devendo o Estado atuar de forma a reduzir as desigualdades sociais e assegurar que as minorias tenham os seus direitos respeitados (LOBO, 2009, p.50). O princípio da igualdade adquire uma dimensão substancial, a partir da qual busca-se a mitigação da desigualdade social e a promoção do acesso aos mesmos direitos e oportunidades que determinados grupos sociais gozariam, caso não fossem alvo de discriminação. Portanto, deve o Estado atuar positivamente no intuito de proporcionar a todos uma igualdade de oportunidades real, e não apenas formal, abstrata.

Essa mudança na compreensão do princípio da igualdade permite que o direito volta o seu olhar para a realidade fática. A respeito dessa nova percepção do princípio da igualdade, Flavia Piovesan (2010, p. 243) expõe:

Essa nova concepção, ainda tão recente, apresenta duas metas básicas, que visam à implementação do direito à igualdade. São elas: o combate à discriminação e a promoção da igualdade. Na ótica contemporânea, a concretização do direito à igualdade implica na implementação dessas duas estratégias, que não podem ser dissociadas. Isto é, hoje o combate à discriminação torna-se insuficiente se não se verificam medidas voltadas à promoção da igualdade. Por sua vez, a promoção da igualdade, por si só, mostra-se insuficiente se não se verificam políticas de combate à discriminação (PIOVESAN, 2010, p. 243)

Impende notar, ainda, que a dignidade da pessoa humana carrega implicitamente em seu conceito a igualdade. Como a dignidade da pessoa humana pressupõe o respeito a todos os indivíduos, pelo simples fato de serem humanos, seu conceito não pode ser dissociado da noção de igualdade.

Ainda a esse respeito, o Ministro Ricardo Lewandowski observou que a demanda por reconhecimento é essencial ao conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade. Para tanto, o Ministro invocou o pensamento de Nancy Fraser, para quem a reparação da injustiça só é possível por meio de uma política de reconhecimento, que possibilite a participação das minorias como iguais no processo social:

³⁷ Nesse ponto, há que se distinguir os conceitos de diferença e desigualdade. Conforme expõe Fábio Konder Comparato (2005, p. 190)., “as diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.”

Realmente, não há espaço para dúvida quanto à importância do reconhecimento para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade. Aliás, relembro que, no âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de sublinhar, em importante julgado (Ag. Reg. no RE 477.554-MG, Rel. Min. Celso de Mello), que o direito à busca da felicidade é “verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2019, p. 07),

O Ministro Gilmar Mendes embasou seu voto não apenas nos direitos fundamentais do nosso sistema jurídico, como também recorreu ao direito alemão para abordar o direito de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), que garante o livre desenvolvimento da personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), na medida em que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes:

A forma como o dever de proteção de direitos fundamentais deve ser satisfeita constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais que dispõem de alguma liberdade de conformação. Quando da fixação de mandados de criminalização, o texto constitucional impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, inclusive para tutelar situações de deficiência da proteção criminalizante (BRASIL, 2019, p. 12).

Para o Ministro Alexandre de Moraes, o direito à igualdade atua também no sentido de garantir à população LGBT um marco-legal que criminalize a violência específica praticada contra esses indivíduos, da mesma forma que ocorreu com outras minorias. Ou seja, a criminalização de outras práticas discriminatórias (como o racismo, a violência contra a mulher, entre outras) impõe a necessidade de criminalização da discriminação contra a população LGBT, sob o risco de se caracterizar uma hierarquia de opressões.

Noutro giro, os Amici Curiae contrários à criminalização alegam a existência de um suposto conflito entre direitos fundamentais, posto que a criminalização da homotransfobia atingiria a liberdade religiosa e a liberdade de expressão. Assim, haveria um entrechoque entre a dignidade e a vida (direitos fundamentais que se pretendem proteger por meio da criminalização) e o direito à liberdade de expressão e liberdade religiosa (direitos fundamentais que seriam atingidos pela criminalização da LGBTfobia).

A liberdade religiosa é um termo amplo, que abarca os direitos à liberdade de crença e ao livre exercício dos cultos. Por outro lado, a liberdade de expressão “fornece as ferramentas essenciais para a formação do pensamento, o desenvolvimento subjetivo do cidadão e a

manifestação ampla de sua consciência, por meio da fala, da escrita e outras vias” (ALMEIDA e VALADARES, 2018, p. 61). Afigura-se, de fato, como condição indispensável para a democracia, pois assegura a participação livre e igual no processo de discussão e tomada de decisões,

Nos parece essencial garantir a liberdade de os indivíduos professarem a sua fé, de acordo com os dogmas e valores da religião que escolheram para si. Afinal, não cabe ao Estado se converter em árbitro da legitimidade da cosmologia cristão. Da mesma forma, se impõe a necessidade de garantir a liberdade de expressão e o direito à livre opinião. Esta expressão nem sempre viabilizará a exposição de ideias apazíveis a todos, porém, se constitui como um dos pilares da liberdade, que inclui, necessariamente, a diversidade de opiniões (SARMENTO, 2006). Evidentemente, “a formação de um debate livre, robusto e aberto de ideias na sociedade é um dos objetivos fundamentais da liberdade de expressão, e neste debate alguns fatalmente saem arranhados” (SARMENTO, 2006). Desta maneira, ainda que algumas opiniões expostas nos pareçam desconfortáveis ou até mesmo detestáveis, tolerar o *marketplace* de ideias é parte do exercício da democracia. Essa garantia, no entanto, não pode servir de salvo-conduto para o exercício abusivo da liberdade de expressão, o que geraria danos graves e injustificados.

Afinal, como é cediço, nenhum direito fundamental é irrestrito. Não se pode admitir, com o intuito de se exercer um direito, que outro seja violado. É o caso das manifestações preconceituosas prolatadas por pessoas homofóbicas. Neste caso, fundamental vislumbrar que uma fala não pode ser considerada legítima quando fere a dignidade de outrem. A proteção constitucional à liberdade de expressão e a liberdade religiosa não pode abranger manifestações de conteúdo imoral que impliquem em abuso de direito. Nessa esteira de pensamento, o gozo de um direito que implique na violação de outro direito fundamental resvala para o terreno do abuso, inexistindo um conflito real de direitos (BAHIA e SANTOS, 2010, p. 17).

Como se vê, o exercício da liberdade religiosa e de expressão não se confundem com os discursos de incitamento ao ódio (*hate speeches*). Estes discursos são representações simbólicas que expressam ódio, desprezo ou desrespeito a outra pessoa ou segmento social. Inclusive porque as ofensas pessoais ou a grupos historicamente estigmatizados não constituem parte essencial de qualquer exposição de ideias e tampouco contribuem para o intercâmbio de ideias salutar à vida em sociedade.

Os Ministros, contudo, negam a existência de qualquer entrechoque entre direitos fundamentais, eis que a criminalização da LGBTfobia não afetaria o exercício desses direitos, mas tão somente o seu abuso. Nesse aspecto, não será passível de sanção penal a exposição de posição que enquadre a homossexualidade/transexualidade na categoria de pecado; da mesma forma, a leitura e estudo de eventuais passagens da Bíblia que sejam hostis aos LGBT não serão passíveis de sanção penal.

Um ponto interessante do julgamento é notar o peso que não só os argumentos jurídicos, mas também os argumentos sociais, tiveram no julgamento das ações. Estatísticas e notícias de mortes e lesões corporais motivadas pela LGBTfobia foram mencionadas nos votos dos Ministros, dando o tom sobre a realidade do país no tratamento aos indivíduos que não agem de acordo com os referenciais da heterossexualidade.

Os Ministros identificam a necessidade de intervenção estatal no combate à homotransfobia, e para isso colacionam uma da seleção de dados retirados de relatórios de ONGs nacionais e internacionais de direitos humanos. A análise desses dados reveste o reconhecimento da homotransfobia de certa legitimidade científica. O Ministro Fux chega, até mesmo, a falar em *estado de coisas inconstitucional*, diante do quadro de violência contra a população LGBT no país:

[A violência homofóbica] É um fato que, sob o ângulo fenomênico, é tão generalizado que, assim como o iminente Relator, eu chegaria mesmo a afirmar que nós vivemos, à luz da Constituição, um estado de coisas inconstitucional, porque a homofobia praticamente se generalizou (BRASIL, 2019)

Outro aspecto a despertar interesse dos ministros foi o relativo à ordem internacional. Na maioria dos votos fez-se incursão em diversas resoluções e convenções internacionais que tratam de direitos humanos e da supressão de toda manifestação de discriminação, dos quais o Brasil figura como signatário. Foram citadas a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como resoluções da ONU e da OEA.

Nesse aspecto, há que se destacar a inexistência de tratado ou convenção com alcance global que promova, de forma específica, o reconhecimento dos direitos das pessoas LGBT.

Mesmo a nível regional, os documentos existentes ainda são escassos, e mesmo aqueles que contemplam as minorias sexuais em seus textos – como a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância³⁸ - ainda não possuem grande adesão.

Diante deste cenário, a proteção da comunidade LGBT ainda se encontra limitada a fontes não primárias, a exemplo de jurisprudências das cortes de Direitos Humanos ou documentos classificados como *soft law*. Nesse aspecto, ainda que não possam ser considerados juridicamente vinculantes, os Princípios de Yogyakarta³⁹ (e sua atualização, os Princípios de Yogyakarta+10) podem ser considerados o mais avançado e completo documento na defesa do livre exercício da orientação sexual e identidade de gênero. Afinal, o referido documento apresenta “uma criativa releitura dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos, atenta à especificidade da orientação sexual, expressão e identidade de gênero” (VIANA, 2018, p. 66). Não à toa, os Princípios de Yogyakarta foram citados por diversos Ministros no julgamento da ADO n° 26 e MI n° 4733.

³⁸ Até o presente momento, a mencionada Convenção foi ratificada apenas pelo Uruguai. O seu art. 1.1 traz a seguinte disposição:

Para los efectos de esta Convención:

(...) La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, **orientación sexual, identidad y expresión de género**, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra (grifos acrecidos). Retirado de <https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp> Acesso em 02 de novembro de 2019.

³⁹Em 2017, os Princípios de Yogyakarta foram atualizados por especialistas que representavam todos os continentes. Nesta oportunidade, foram incluídos novos princípios e novas recomendações aos Estados.

3. A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBT

A notícia da criminalização da LGBTfobia foi recebida com euforia pela militância e simpatizantes à causa LGBT. As semanas que antecederam o resultado final do julgamento no STF foram permeadas por uma forte mobilização nas redes sociais: A hashtag #CriminalizaSTF ocupou os trending topics mundiais e foi compartilhada por celebridades, ativistas, estudiosos do direito e pessoas comuns que vislumbravam na tutela penal uma possibilidade de proteção às violências homotransfóbicas.

É interessante observar como a criminologia, por vezes tão restrita às discussões acadêmicas, transbordou para o dia-a-dia: O julgamento teve ampla cobertura midiática e o Supremo Tribunal Federal foi, a um só tempo, ovacionado e duramente criticado. Esse período de efervescência coletiva ao redor do julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733 estimulou debates sobre a necessidade e eficiência dos processos criminalizantes.

Apesar da popularidade do discurso a favor da utilização do direito penal como um instrumento simbólico capaz de dar algum respaldo à população LGBT, esse posicionamento não é unânime. Nesse mesmo fluxo de mobilizações e problematizações, houve espaço para críticas à eleição da via penal como solução para a LGBTfobia, sob o argumento de que esse campo é produtor e reproduzidor de assimetrias sociais, o que o qualifica como mecanismo inapto de transformação social.

É com base nessa perspectiva criminológica crítica, que se debruça sobre os processos de criminalização (primária e secundária), que consideramos importante analisar as reais possibilidades e limites da criminalização da violência LGBTfóbica. Nesse sentido, indagamos: Até que ponto as pautas pró-criminalização se mostram, de fato, um bom mecanismo de combate às violências LGBTfóbicas?

3.1. Os limites do direito penal

Jesús-Maria Silva Sanchez (2013) identifica na sociedade pós-moderna, marcada pelos riscos e pela insegurança, uma expectativa social de expansão do direito penal. Nesse contexto,

se intensificam as reivindicações pelo enrijecimento dos tipos penais já existentes e pela concessão de tutela penal a novos bens jurídicos.

Nesse cenário, é possível perceber uma mudança na estratégia política dos grupos excluídos: Os *outsiders*, que tradicionalmente eram destinatários do poder punitivo estatal, passam a reivindicar o direito penal como instrumento de afirmação de direitos (SILVA SANCHEZ, 2013).

Acompanhando essa tendência, o movimento LGBT pressionou o Poder Legislativo durante décadas, na busca pela aprovação de uma lei que criminalizasse os atos de homotransfobia. A resistência do Congresso em elaborar um marco legal contra a LGBTfobia levou a uma mudança de tática, a partir da judicialização da questão. Essa mobilização pode ser compreendida como o resultado de uma busca por reconhecimento estatal da cidadania LGBT.

Diante da indignação que naturalmente brota a partir dos casos de violência LGBTfóbica, surgem também as buscas por possíveis soluções para sanar a violência sistemática contra as minorias sexuais. A sensação de impotência que acompanha essa procura parece fazer estremecer as certezas do mais convicto antipunitivista. Pode ser difícil pensar em alternativas viáveis para combater o recorrente atropelo de direitos daqueles que desafiam o heterossexismo.

Esse cenário desesperançoso é propício para que os setores progressistas acabem se aproximando do sistema punitivo, por vislumbrarem no direito penal um dos únicos instrumentos possíveis para a proteção dos direitos fundamentais das minorias. Ressalte-se, aqui, que a mobilização desses grupos pelo expansionismo penal não se dá de maneira indiscriminada. A tentativa do uso do braço punitivo estatal se reveste de um aparente caráter transgressor, eis que se consubstancia na elaboração de legislações penais específicas para proteger grupos vulneráveis. A princípio, parece uma investida contra as estruturas sociais opressoras.

Por meio das demandas criminalizadoras, as minorias pretendem redistribuir o desequilíbrio punitivo em relação às classes dominantes, que gozam de imunidade perante o sistema punitivo. Busca-se, assim, um deslocamento da posição que os segmentos sociais de

menor prestígio ocupam no sistema punitivo: De categoria que sofre a violência do *ius puniendi* à categoria que maneja a violência do sistema punitivo (BARRETO, 2015, p. 157).

Ao invés de buscar a universalidade das garantias, repensando o sistema punitivo e vislumbrando possíveis novos caminhos, surge a tendência de pressionar pela expansão do sistema punitivo. Tem início uma busca pela “democratização” das dores do poder punitivo, por meio da distribuição de penas também para aqueles que oprimem (as elites, os machistas, homofóbicos, transfóbicos e racistas).

Tal mudança no *modus operandi* dos grupos vulneráveis gera uma espécie de abalo sísmico ideológico: segmentos que possuem menor prestígio social, quase sempre vitimados pelo sistema punitivo, passam a querer usufruir da máquina ao invés de seguir reconhecendo-a como essencialmente opressora e abandonável (DIVAN, 2019, p. 66).

Nota-se, portanto, uma tendência contemporânea em que os movimentos sociais buscam se apropriar do direito penal como estratégia política:

Diversos movimentos sociais progressistas ou filantrópicos (voltados à proteção de portadores de deficiências físicas, dos animais, do meio ambiente etc.) e até mesmo pensadores dotados de uma "teoria crítica" da sociedade caem nesta armadilha cognitiva que consiste em se opor ao abrandamento de penas e à adoção de sanções alternativas (não-carcerárias) ou em demandar, em nome de princípios da racionalidade penal moderna (igualdade, proporcionalidade, segurança), penas aflitivas mais severas (pelo menos para a categoria de crimes que lhes preocupa). (PIRES, 2004, p. 46)

Daniela Barreto (2015) denomina de *direito penal dos vulneráveis* essas demandas das minorias por criminalizações específicas. A pesquisadora identifica uma tendência de os movimentos sociais adotarem a “técnica do judoca”, expressão que remete à utilização da força do opositor ao seu favor. Assim, “se reconhece-se a sociedade como espaço que grupos conflitam por poder e admite-se que o direito penal é determinado por aqueles que tem poder, possuir o “seu Direito Penal” significa também ter poder” (BARRETO, 2015, p. 156-157). É assim que esses movimentos pretendem utilizar o sistema punitivo como meio de reverter o passado de abjeção, violência e invisibilidade que vivenciaram.

A socióloga Sabrina Fernandes constrói uma metáfora ao indicar a existência de “buracos de minhoca ideológicos” que encurtam a distância entre a esquerda e a direita. Fernandes (2017) aponta que a apropriação pelos movimentos de esquerda de táticas mais coerentes com um

projeto de direita, notadamente a opção de reivindicar a expansão do direito penal “cria algo como uma junção, um buraco de minhoca que dobra o tecido ideológico ao invés de o espaço-tempo na astrofísica⁴⁰”. Esse fenômeno, já observado por Maria Lúcia Karam (1996) ao problematizar a *esquerda punitiva*, representa uma adesão dos setores mais críticos à ideologia tradicional que vê no direito penal a panaceia para todos os males sociais.

Em que pese a aliança entre movimentos sociais e o sistema punitivo possa parecer sedutora, um olhar mais atento expõe a contradição dessa estratégia. Aquilo que esses movimentos pretendem combater - a misoginia, o sexismo, o racismo e uma série de preconceitos e assimetrias sociais - são constitutivos do sistema penal capitalista. Isto significa que o sistema penal age de forma vinculada ao mesmo patriarcalismo que engessa os referenciais de gênero e sexualidade que vitimam a população LGBT.

A genealogia do sistema penal evidencia que ele foi criado por homens e feito para homens, de forma a ignorar as especificidades de identidades que desafiam esse referencial masculino heterossexual. A aparente porosidade do sistema penal que permite a atuação de grupos contrahegemônicos é muito restrita, pois não alcança as estruturas desse sistema. E nem o poderia, pois sua estrutura é essencialmente classista, sexista e racista.

A prisão é um microcosmo que reproduz a estrutura patriarcal dominante na sociedade, se caracterizando por ser “masculina e masculinizante em todas as suas práticas, sejam essas dirigidas a quem for” (COLARES; CHIES, 2010, p. 408). Assim, representa um ambiente propício para a prática de violências LGBTfóbicas⁴¹ e a instauração de uma lógica perversa que desumaniza esses indivíduos:

Na prisão as travestis representam a sujeição do feminino por meio de práticas consideradas subalternas. Elas e os homossexuais têm papel importante na manutenção de um sistema binário que se fundamenta, entre outras coisas, na

⁴⁰ A teoria em questão, na sua roupagem original da astrofísica, aborda as possibilidades de viagem pelo universo, entre as quais inclui o mencionado “buraco de minhoca”, que seria semelhante a um buraco de duas bocas que formaria um atalho entre regiões distintas do universo.

⁴¹ Relatório elaborado pela Associação pela Prevenção da Tortura escancara essas violações sistemáticas: “Onde há dados disponíveis, eles revelam que pessoas LGBTI privadas de sua liberdade têm maior probabilidade de serem vítimas de violência sexual, serem diagnosticadas com problemas de saúde mental, experimentarem confinamento solitário e estarem sujeitas a sanções. Quando estão privadas de liberdade – e particularmente em prisões – pessoas LGBTI reportam a maior taxa de vitimização sexual, incluindo estupro, em comparação a outros grupos tais como pessoas jovens presas, vítimas de abuso sexual prévio, pessoas com deficiências ou primárias” (ATP, 2018, p. 23). Relatório disponível em <https://www.apr.ch/es/news_on_prevention/nueva-guia-practica-sobre-la-proteccion-de-las-personas-lgbti-privadas-de-libertad/?l=pt> Acesso em 27 de out. de 2019.

consideração de que o lugar do masculino é do mando, e o do feminino, de ser mandado(...) Tudo isso significa que o espaço da prisão as travestis representam identidades femininas assujeitadas; primeiro porque a ordem sexual que privilegia o masculino em detrimento do feminino apresenta essa dominação como algo natural, inevitável e necessário, fazendo com que a classe dominada aceite e internalize essa ordem (BORRILLO, 2010), e segundo, porque suas identidades de gênero travestis são historicamente subalternizadas, quer dizer, não representam, para o senso comum, uma identidade feminina “legítima, “pura” (...). (FERREIRA, 2014, p. 107).

A reivindicação de movimentos sociais pela criminalização como mecanismo de proteção e reconhecimento de direitos acaba por legitimar esse mesmo sistema punitivo que atua em prol dos interesses dominantes, marginalizando e estigmatizando os segmentos sociais de menor prestígio. A crença de subversão da lógica do sistema punitivo por meio de uma tática reformista, utilizando-o em favor das classes subalternas, não passa de mera ilusão: Isto porque o sistema punitivo é, estruturalmente, um mecanismo de manutenção do *status quo*.

Apesar das boas intenções daqueles que vislumbram na legislação penal um meio para o combate à discriminação, o que se percebe na prática é o fortalecimento do sistema punitivo, que tem como clientela preferencial as classes marginalizadas – entre as quais se inclui a população LGBT. Assim, a estratégia de escolher a via criminalizadora para promover mudanças sociais soa perigosa e até mesmo ingênua, na medida que “a seletividade penal e os ranços do sistema atuam para mais direções do que se supõe inicialmente” (DIVAN, 2019, p. 82).

Tal seletividade se opera tanto na criminalização primária (seleção de quais comportamentos serão classificados como criminosos) e na criminalização secundária (efetiva aplicação da legislação penal sobre os indivíduos, aplicando-lhes a pena).

A primeira parte do processo criminalizante, a criminalização primária, é exercida pelo Poder Legislativo, na escolha das condutas que serão classificadas como crimes. Apesar de seu discurso oficial, o processo de seleção dessas condutas objetiva a proteção de determinados grupos sociais, e não da sociedade como um todo. Ao contrário do que exprime o seu discurso oficial de proteção dos bens jurídicos mais valiosos do indivíduo, a legislação penal não é neutra ou racional. E tampouco é benevolente com a população LGBT:

Soma-se, à criminalização primária, o fato de a criminalização secundária recair majoritariamente sobre os segmentos mais marginalizados da sociedade. Dessa forma, as

demandas pela criminalização podem se mostrar um verdadeiro “tiro no pé”, na medida em que as engrenagens do sistema penal se prestam a sistematicamente estigmatizar os grupos socialmente desprestigiados – entre os quais se inclui a população LGBT:

As sexualidades e gêneros considerados dissidentes, nesse sentido, seriam algumas das determinantes que certamente provocariam a seleção de certos sujeitos para o sistema penal, sobretudo quando aliados a vulnerabilidades já experimentadas antes do processo de encarceramento, como as que se produzem em razão de classe social, raça/etnia, território, deficiência etc. Além disso, as travestis latinoamericanas, em especial as brasileiras, são profundamente sujeitadas a essa seleção por serem também amplamente consideradas sujeitos fora da norma – não somente da norma heterossexual e cisgênera como também em razão de suas classes sociais e raças/etnias – e frequentemente seus comportamentos e modos de vida são considerados potencialmente criminais (FERREIRA, 2014, p. 106).

No mesmo sentido, Zaffaroni (1991, p. 33) identifica “uma contradição estrutural entre a ideologia dos direitos humanos e a ideologia justificadora do exercício de poder dos sistemas penais”. Nesse ponto, as demandas recorrentes por criminalizações específicas revelam a cooptação pelo sistema penal dos esforços das minorias no combate ao *status quo*. É mais um exemplo da perversidade da cultura punitiva, que se apropria até mesmo de desígnios contrahegemônicos para subsidiar a sua expansão – que, invariavelmente, reafirma os interesses hegemônicos. Dessa forma, a reivindicação das minorias por um respaldo penal acaba servindo a propósitos diametralmente opostos aos perseguidos. É assim que os setores progressistas contribuem para retroalimentar o elaborado ciclo de expansão do sistema penal.

Dessa forma, a aposta na criminalização reafirma a noção de que o sistema punitivo é a forma primordial – ou, ainda, a única possível - de resolução de conflitos sociais, enquanto outras alternativas se mostrariam menos onerosas às liberdades individuais e mais efetivas a longo prazo. É curioso pensar, por exemplo, porque a criminalização da LGBTfobia recebeu tantos holofotes e o movimento Escola Sem Partido – que tem como uma das principais bandeiras o combate à “ideologia de gênero”⁴² – não recebe tanta atenção do movimento LGBT.

⁴²O sintagma “ideologia de gênero” surgiu em documentos e discursos da Igreja Católica ao longo da década de 1990. Junqueira (2018, pp. 13-14) identifica que a expressão, em que pese adversidade de contextos e atores envolvidos, possui alguns elementos políticos e estratégias em comum. O mais evidente deles é a defesa da “família natural”, representada como a “única natural”, fundada no matrimônio heterossexual e destinada à transmissão da vida, e apresentada como uma realidade sob constante ameaça e a ser protegida. A partir desse posicionamento que classifica as questões de gênero e sexualidade como uma controvérsia sobre o “humano” e uma ameaça à sobrevivência da sociedade, aliado à promoção de alarme social e pânico moral, a matriz religiosa do movimento antigênero pode ficar menos evidente.

Como se nota, o fundamento da criminalização da LGBTfobia reside na proteção de bens jurídicos concretos (a vida, integridade física e a dignidade) de pessoas de carne e osso (CARVALHO, 2012a, p. 200). Nesse aspecto, os objetivos da criminalização parecem estar em congruência com o critério de criminalização do direito penal moderno, cuja missão consistiria “na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 05).

Álvaro Pires (2004, p. 55) percebe esse fenômeno como um paradoxo. Afinal, mobiliza-se os direitos humanos para pedir menos direitos humanos (não nos olvidemos que a imposição de pena de prisão a um indivíduo é, por si só, uma violação aos direitos humanos do apenado). Assim:

[...]pedir proteção converte-se então em algo semelhante a pedir mais pena aflictiva ou mais sofrimento, e responder afirmativamente a esses pedidos transforma-se em algo semelhante a dar uma proteção efetiva ou a reconhecer um direito a tal tipo de demanda (PIRES, 2004, p. 56)

Ocorre que a proteção de bens jurídicos é apenas uma “capa” sob a qual as reais intenções do direito penal se escondem. Não obstante a proteção dos bens jurídicos constituam os objetivos declarados do direito penal, os seus objetivos reais recaem sobre a garantia e reprodução de estrutura de classes da sociedade (CIRINO DOS SANTOS, 2014; ZAFFARONI, 1991).

Conforme aponta Álvaro Pires (2004, p. 56), a associação da pena com a proteção de direitos gera a ilusão de que essas demandas são efetivamente legítimas demandas de proteção, consubstanciada em bens jurídicos fundamentais. A expansão do direito penal é, nessa medida, reflexo de uma suposta racionalidade do direito penal moderno.

A percepção de que a imposição de pena aflictiva é uma maneira efetiva de afirmar os direitos humanos admite a cobrança de “tarifas de sofrimento” (PIRES, 2004, p. 59), de tal maneira que a pena funciona como uma espécie de indicativo do valor da vítima:

(...) [as minorias] vão criar um novo ditado cartesiano dirigido aos tribunais que nada mais é senão um reflexo da racionalidade penal moderna: “Diga-me qual pena aflictiva você aplica e eu saberei quanto valho”. Vão também pedir tarifas de sofrimento e uma correção (inflacionária) das tarifas: quando aumenta o valor de um bem jurídico, a pena deve ser corrigida para refletir esse novo valor. (PIRES, 2004, p. 60)

A despeito da autoproclamada racionalidade do direito penal moderno, ainda privilegia-se uma linha de pensamento medieval segundo a qual é a pena aflictiva que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito (PIRES, 2004, p. 41).

3.2. As reais funções da pena

Diante da necessidade de legitimar a sua existência, o sistema penal forja “uma série de significantes avulsos e artificiais, desconectados da realidade” (PIRES, 2014). Nesse contexto, é criado um discurso que pretende conferir racionalidade à pena, como se percebe nas funções declaradas da pena.

Contudo, as contribuições da criminologia crítica desnudaram o real sentido da pena em detrimento daquele oficialmente declarado, desmascarando o alegado viés racional das práticas punitivas. Sob essa perspectiva crítica, a real função da pena seria produzir e reproduzir desigualdades sociais.

Para evitar uma reflexão estéril e descolada da realidade, precisamos retirar essa espécie de “capa” do sistema penal, afastando o seu discurso oficial para nos debruçarmos sobre as funções reais da pena. Afinal, “não pode o jurista encerrar-se no estudo [...] de um mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que se executam” (BATISTA, 2011, p. 26).

Existe uma nítida contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade fática do sistema penal. Conforme escancaram as criminologias críticas, as justificações racionais do sistema penal não encontram eco na realidade que se apresenta:

A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas na América Latina, esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade (ZAFFARONI, 1991, p. 12)

O sistema penal, no entanto, insiste na tentativa de legitimar as alegadas funções da pena, para justificar a sua existência. Dentre as teorias relativas pena, encontram-se a função de prevenção geral (negativa e positiva) e a prevenção especial (negativa e positiva). Tais teorias relativas partilham o fato de serem finalistas, ou seja, consideram a sanção penal um meio para alcançar determinados fins. Essas teorias se contrapõem às teorias absolutas, as quais se justificam apenas na transgressão à norma (BITENCOURT, 2015, pp. 133-134) e que não serão abordadas aqui, diante de seu progressivo desuso.

Nas últimas décadas, tem crescido a legitimação do discurso de prevenção geral positiva da pena. Essa função da pena baseia-se em seu efeito positivo sobre aqueles que não delinquiram, através de um valor simbólico produtor de consenso, que reforçaria a confiança da sociedade no sistema social em geral e, em especial, no sistema penal (ZAFFARONI et al, 2011, p. 121).

Dessa forma, a imposição da pena estaria justificado como parte de um processo comunicativo que tem o corpo social como destinatário. A função preventiva da pena autorizaria, portanto, a instrumentalização do indivíduo, utilizando sua dor como símbolo que reforçaria os valores sociais plasmados nas normas jurídicas penais (ZAFFARONI et al, 2011, p. 121).

Ao lado da prevenção geral positiva, anuncia-se a função preventiva negativa da pena, que se fundamenta na imposição da pena como um mecanismo de coação psicológica capaz de dissuadir aqueles que não delinquiram que se sintam tentados a fazê-lo (ZAFFARONI et al, 2011, p. 117). Contudo, essa teoria ignora a existência de zonas de imunização nas quais se encontram as classes privilegiadas, que agem na certeza de que não serão alvos da criminalização secundária.

A seletividade do sistema penal se encarrega de encarcerar as classes subalternas, motivo pelo qual os que não se encaixam em tal perfil se sentem seguros o suficiente para concretizarem os seus impulsos criminosos. Ademais, essa teoria supõe que o indivíduo realiza um frio cálculo de custo-benefício diante de cada impulso infracional, o que não é a realidade da grande maioria das pessoas (ZAFFARONI et al, 2011, p. 120).

Soma-se a essas inconsistências a lógica de que, como a pena dissuade pelo medo é possível afastar a aplicação da pena do conteúdo injusto do fato praticado, condicionando-a à necessidade de intimidação do corpo social: Em cenários de crise econômica, por exemplo, as penas deveriam aumentar, a fim de evitar o cometimento de crimes contra o patrimônio, em virtude da realidade socioeconômica hostil (ZAFFARONI et al, 2011, pp. 119-120).

Nos parece, ainda, que se a função preventiva geral da pena apresentasse algum resultado, não teríamos o aumento contínuo da população carcerária nas últimas décadas (INFOPEN, 2017, p. 09), a despeito do aumento no rigor da legislação penal brasileira (a exemplo da Lei de Crimes Hediondos). Para Zaffaroni et al (2011, pp. 118-119), as funções de prevenção geral tratam-se, na verdade, “de uma ilusão do penalismo que identifica direito penal com cultura”.

A função preventiva específica positiva, por sua vez, se volta para a ressocialização e a reeducação do apenado. Ocorre que a crença de que a pena seria capaz de melhorar alguém é facilmente desmantelada mediante a análise dos efeitos reais da pena. Em verdade, a pena de prisão se trata de uma *máquina deteriorante* (ZAFFARONI, 1991, p. 135) que em nada aperfeiçoa o delinquente:

O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados. (CELIS e HULSMAN, 1993, pp 62-63)

Ainda nesse sentido, observa Baratta que, em um primeiro momento, o indivíduo encarcerado passa por um processo de desaculturação, que representa

(...) a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de autoresponsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. (BARATTA, 2002, pp. 184-185)

De forma complementar à desaculturação, o indivíduo encarcerado passa pelo processo de aculturação, mediante o qual ocorre a “(...)assunção das atitudes, modelos de comportamentos, dos valores característicos da subcultura carcerária” (BARATTA, 2002, p.

185). Conforme analisa o autor, essa introjeção de valores da subcultura carcerária dificulta ainda mais a reinserção do apenado na sociedade.

Por outro lado, a prevenção especial negativa consiste na neutralização do indivíduo que delinuiu, com o escopo de conservar a sociedade atingida. Produz-se “um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social” (ZAFFARONI et al, 2011, p. 127).

Evidenciado o fracasso das funções da pena, é possível perceber que o objetivo de combater as violências homotransfóbicas não será alcançado pela criminalização. É possível – e até mesmo desejável – que o Estado se engaje contra as violências LGBTfóbicas, investindo em medidas afirmativas que combatam discriminação. Contudo, escolher o direito penal como atalho para resolver o problema contribui para a expansão do poder punitivo contra os oprimidos, alimentando esse mecanismo de exclusão social.

Como se nota, a opção pela criminalização da LGBTfobia surge como uma instrumentalização da função simbólica da pena, que funcionaria como uma declaração de que as violências LGBTfóbicas são problemas da ordem social inadmitidas pelo Estado. Nesse contexto, a pena exerceria uma função preventiva, ao reforçar determinados valores sociais antidiscriminatórios.

A crença na função meramente simbólica da lei é especialmente notável ao nos atentarmos à redação da lei 7.716/89, que deve ser aplicada para as violências homotransfóbicas até a edição de lei específica pelo Congresso Nacional. É possível perceber que as condutas previstas na lei antirracismo se referem, em sua maioria, ao impedimento de acesso à locais públicos e privados, motivado por discriminação. Assim, a inclusão da homotransfobia na lei antirracismo não protege a população LGBT das lesões corporais, homicídios, injúrias e ameaças, que formam justamente as manifestações mais extremas das violências cometidas em face desse grupo. Esse aspecto tem sido muito pouco debatido na sociedade, pois o que tem repercutido é a resposta estatal contra a homotransfobia, sem um maior aprofundamento sobre os termos em que ela foi dada.

Como se nota, os bens jurídicos – apresentados como fundamento da criminalização da LGBTfobia – não estão sendo satisfatoriamente tutelados, pois a inclusão da homotransfobia

na lei 7.716/89 excluiu o núcleo duro das violências praticadas contra a população LGBT. Parece, portanto, que a referida criminalização desempenha uma função majoritariamente simbólica, que tem como objetivo comunicar uma posição do Estado de intolerância frente às discriminações LGBTfóbicas, bem como reforçar a confiança da população no Estado.

Não se esqueça, ainda, que os atos de violência homotransfóbica já podiam ser enquadrados como lesão, homicídio ou outros tipos penais que tratam de agressões, inclusive contemplando aí a possibilidade de aumento de pena e de qualificação em razão de motivação e outras circunstâncias (MATOS, 2019). Nesse sentido, um homicídio praticado por motivação LGBTfóbica, por exemplo, poderia ser alçado à categoria de homicídio qualificado por motive torpe. Os crimes aos quais a população LGBT é vítima já existem em nosso ordenamento, na forma de institutos como homicídio, lesão corporal, crimes contra a honra, entre inúmeros outros.

3.3. A aplicabilidade da justiça restaurativa para o enfrentamento à violência LGBTfóbica

Como demonstrado acima, o modelo punitivista de justiça criminal não logra êxito na ressocialização do agente ou na recomposição dos danos causados pela violência empregada contra a vítima. Diante do inegável fracasso do sistema penal, surge a necessidade de pensar novos caminhos para a solução de conflitos.

Como sinaliza Foucault (2002, p. 196), “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil”. E, entretanto, não vislumbramos outras possibilidades para a substituição da pena. Zaffaroni (1991, p. 204) compreende a pena como um *sofrimento órfão de racionalidade*, que “há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder”. Em última análise, é a isto que a pena se presta: À reafirmação do poder punitivo, e não à efetiva resolução dos conflitos.

Nesse contexto, a justiça restaurativa emerge como uma possibilidade de superação do paradigma punitivo, pois oferece um modelo inovador “através do qual todas as partes

envolvidas em uma ofensa particular se reúnem para resolver coletivamente como lidar com a consequência da ofensa e as suas implicações para o futuro” (MARSHALL, 1999, p. 05).

Em complemento à essa definição, Salm e Leal (2012) observam que as bases da Justiça Restaurativa se fincam em “valores e relações interpessoais (multiplicidade humana e valorativa) onde se propõe a restauração da responsabilidade, da liberdade e da harmonia que existem nos grupamentos sociais”. Tal abordagem envolve o ofendido e ofensor, bem como a comunidade, promovendo, quando possível, a reconstrução de relações rompidas.

Howard Zehr (2008, p. 27) propõe uma mudança de foco da culpa para a responsabilização do ofensor. O estímulo ao reconhecimento da responsabilidade do ofensor o ajuda a compreender o impacto de seu comportamento sobre a vítima e a comunidade, os danos causados e o convida a adotar medidas para a restauração dos danos, caso isso seja possível. Assim, “se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime” (ZEHR, 2008, p. 176).

A partir do confisco do conflito entre os indivíduos pelo Estado, com o início do Estado moderno, tem-se uma substituição das vítimas reais por vítimas abstratas: O Estado, o ordenamento jurídico, a sociedade. A vítima real desaparece do conflito, de maneira que “suas necessidades são ignoradas e elas ficam de fora do processo, o que aprofunda o senso de vitimização” (ZEHR, 2008, p. 54). Quando muito, o sistema de justiça criminal a trata como mera prova do processo.

Como apontam Pierangeli e Zaffaroni (2018, p. 110):

A rigor, muito se fala da vítima, mas na realidade o direito penal tende muito pouco a fazer algo pela vítima. Insiste-se na tutela dos bens jurídicos, mas o direito penal parece negligenciar os bens jurídicos concretamente afetados. Quando um sujeito sofre uma lesão, o Estado preocupa-se em sancionar o autor, mas se esquece quase por completo do sujeito passivo, que deve reclamar sua reparação pela via cível, dentro ou fora do processo penal e, na melhor das hipóteses, obtê-la quando o autor for solvente.

Um dos pontos centrais da justiça restaurativa é subversão dessa lógica, devolvendo à vítima o protagonismo do processo de resolução de conflitos. Essa dinâmica direciona um olhar mais atento para a situação específica daquele conflito – ao invés de oferecer soluções

burocratizadas e genéricas que funcionam como uma “receita de bolo”, prática recorrente no sistema de justiça criminal.

A justiça restaurativa propõe, como primeiro objetivo, a “cura” da pessoa diretamente atingida pelo conflito (ZEHR, 2008, p. 176). A busca pela “cura” não pretende que a vítima esqueça ou minimize a violação sofrida, mas que todos os envolvidos pensem em formas de fechar o ciclo, devolvendo à vítima a sensação de que ela está segura e no controle da situação. Para tanto, deve-se garantir um espaço seguro para que ela conte a sua experiência e ventile seus sentimentos, o que pode funcionar como uma forma de empoderamento⁴³. Isso permite que os outros reconheçam e legitimem a sua dor, o que promove acolhimento e validação da vivência da vítima.

Além disso, um dos fundamentos da justiça restaurativa é a proposta de responsabilizar também a sociedade⁴⁴, o que é especialmente importante nas situações em que a violência empregada é resultado de uma cultura já cristalizada nas práticas sociais – como se verifica nos casos de violência LGBTfóbica. Assim, parte-se do pressuposto de que vivemos em sociedade, inegavelmente interligados, influenciando em algum nível os rumos da coletividade. Portanto, a experiência/vivência de justiça não estará completa se excluirmos as responsabilidades coletivas referentes ao conflito.

Como observa Howard Zehr (2008), a experiência restaurativa desloca o foco do passado (que se preocupa em estabelecer culpas e a infligir dor) para o futuro, pensando em medidas para mudar o comportamento do agressor e resolver os problemas que contribuíram para o evento lesivo. Este aspecto em especial tem muito a contribuir para o enfrentamento da violência LGBTfóbica. A abordagem restaurativa propicia a reflexão sobre como fazer diferente, o que é importante para a comunidade e também para a vítima, que tem ciência de que estão sendo empreendidos esforços para evitar novas ocorrências (ZEHR, 2008, p. 180). Nos casos de atos discriminatórios contra minorias sexuais, essa preocupação surge na forma de ações para evitar a ocorrência de novas violências LGBTfóbicas. Evidente, portanto, o

⁴³ Howard Zehr (2008, p. 183) identifica como uma das necessidades principais da vítima a restituição do poder que foi retirado delas na situação de violência.

⁴⁴ Como observa Zehr (2010, p. 172), “a sociedade é parte interessada no resultado, e portanto tem um papel a desempenhar”.

potencial transformador infinitamente maior dessa abordagem, quando comparada ao paradigma punitivo atual.

Uma das abordagens possíveis da justiça restaurativa é a mediação entre vítima e ofensor, que sempre deve ser realizada com mediadores treinados que promovam uma rede de apoio emocional para as partes envolvidas no conflito. Esse método é interessante quando pensamos que, na perspectiva atual, os participantes do conflito não tem a oportunidade de conhecer os infratores e as vítimas como indivíduos multidimensionais, com histórias pessoais e experiências únicas. O que o sistema de justiça criminal atual tem a oferecer é uma atmosfera impessoal e desumanizadora, com relação a todas as partes envolvidas no conflito.

Da mesma forma, os infratores e vítimas também são os estereótipos do outro. Essa distância social fornece um ambiente propício para a prática de atos violentos, o que pode ser evitado por meio da percepção de suas individualidades. A visão macrossistêmica oferecida pela justiça restaurativa tem muito a contribuir para a mitigação de uma cultura LGBTfóbica, na medida em que muito da hostilidade direcionada à diversidade sexual decorre de uma desumanização desses indivíduos.

No tocante aos casos de LGBTfobia, a aplicação da justiça restaurativa exige uma especial sensibilidade dos envolvidos no conflito, diante do impacto negativo que a violência sofrida tende a produzir na autoimagem das vítimas. Nesse ponto, se mostra indispensável a assistência de uma equipe multidisciplinar focada no bem-estar da vítima, que ofereça apoio psicológico, assistência social, apoio da sociedade civil e um atendimento humanizado por todos os agentes estatais que atuem no caso. Esse cuidado se impõe como uma forma de evitar a revitimização daquele indivíduo que sofreu a violência LGBTfóbica.

É verdade, no entanto, que nem sempre a aplicação da mediação se mostrará adequada, por diversos fatores: A vítima pode sentir muito medo do agressor ou ser cética quanto aos efeitos da mediação; pode existir uma disparidade de poder muito grande entre infrator e vítima; tanto vítima quanto o ofensor podem não estar dispostos a participar por uma série de motivos que inviabilizem a mediação. Para esses casos, Howard Zehr (2008, p. 194) oferece outros métodos, como o uso de vítimas substitutas, hipótese na qual o ofensor se encontra com vítimas

que não as suas, como uma forma de assumir a responsabilidade, entender o sofrimento das vítimas e partilhar informações.

Por fim, é fundamental a compreensão de que o sistema punitivo como o conhecemos é apenas um dos modelos adotados na história, e que nem sempre foi o cárcere e a punição institucionalizada um instrumento assentado e naturalizado de solucionar os conflitos. Nas palavras de Howard Zehr (1990):

É muito difícil compreender que o paradigma que consideramos tão natural, tão lógico, tem, de fato, governado nosso entendimento sobre o crime e justiça por apenas alguns poucos séculos. Nós não fizemos sempre da mesma forma e, ao invés desse modelo, as práticas de Justiça Comunitária acompanharam a maior parte de nossa história. Por todo esse tempo, técnicas não-judiciais e formas não-legais de resolução de conflitos foram amplamente empregadas (...) a intervenção do Estado na área de persecução criminal foi mínima. Ato contínuo, era considerado um dever das comunidades resolver suas próprias disputas internas.

CONCLUSÃO

Para a elaboração do presente trabalho, propôs-se uma discussão acerca da eficácia do sistema de justiça criminal para solucionar problemas sociais complexos, como é o caso da LGBTfobia. Para tanto, nos utilizamos das reflexões oferecidas pela criminologia crítica.

A partir de uma perspectiva social-histórica, demonstrou-se a necessidade de compreensão da LGBTfobia como um fenômeno socialmente construído, e não um desconforto psicológico experienciado a nível individual, dissociado da cultura. As reflexões sobre os caminhos para a mitigação das violências homotransfóbicas não podem perder de vista que as raízes da LGBTfobia se fincam nas estruturas de uma sociedade heterossexista e patriarcalista.

Conforme apontamos no primeiro capítulo, estamos diante de um fenômeno complexo que tem como substrato práticas sociais profundamente arraigadas na cultura. Diante disso, questionamos o real impacto que o sistema penal poderia desempenhar na cultura patriarcal. Não podemos perder de vista que o direito penal muito contribuiu para o controle e a submissão das minorias sexuais – essa memória deve funcionar como uma bússola para as nossas práticas, exigindo muito cuidado ao tentar utilizar como aliado aquele que por tanto tempo foi seu algoz.

A partir de uma perspectiva criminológica crítica, que descortina as funções reais do direito penal, buscou-se desconstruir a ideia da criminalização de condutas como a resposta natural às práticas que desejamos combater. As críticas aqui propostas não pretendem descartar por completo a resposta criminalizante, mas problematizar alguns aspectos do poder punitivo, que parecem esquecidas diante do entusiasmo dos segmentos mais progressistas após a criminalização da LGBTfobia.

Independentemente da adesão (ou não) do leitor à posição exposta neste trabalho, esperamos ter contribuído para “bagunçar” um pouco as certezas de que a escolha da criminalização da LGBTfobia é o melhor caminho para lidar com a questão. Diante do vasto leque de práticas pedagógicas e a possibilidade de outros campos do direito de lidar com a questão, indagamos se estas opções não ostentariam maiores capacidades de promover, a longo prazo, uma mudança cultural que abrace a diversidade.

Ante o exposto, esperamos que a militância LGBT incorpore as contribuições da criminologia crítica, negando-se a contribuir para os discursos legitimadores do poder punitivo, que apresenta a punição como solução para os conflitos e questões sociais complexas. É preciso relembrar as raízes essencialmente libertárias do movimento LGBT, para que se construa uma agenda de promoção da cidadania das minorias sexuais sem se deixar seduzir pelo poder punitivo, mecanismo de controle das classes subalternas e que tem como base a vingança e o castigo. Entendemos que a população LGBT apenas gozará de sua cidadania plena quanto atingir a posição de sujeito de direito, subvertendo a posição de vítima da violência patriarcal e institucional que lhe é designada no sistema de justiça criminal brasileiro.

Como observamos, o sistema penal não se limita a falhar na ressocialização ou na transformação dos padrões de comportamento do agressor, mas ativamente reforça o sexismo, o binarismo de gênero e a homofobia presentes na sociedade, além de estimular o sentimento de vingança entre as partes, que em nada contribui para a paz social. Nesse sentido, acreditamos que movimento LGBT deve insistir em uma agenda de enfrentamento direto e consistente às estruturas tradicionais, hierárquicas e opressoras que o sistema penal androcêntrico e patriarcal difunde na sociedade.

O sistema punitivo não deve parecer inevitável. Muito do que atualmente consideramos bom senso foi considerado pouco realista e até mesmo utópico há séculos atrás. Os paradigmas podem mudar; nós podemos mudá-los. Afinal, se enxergamos a pena de prisão como a única resposta possível a ser aplicada diante da violência social, a entendemos como inevitável. E a inevitabilidade nos faz duvidar da possibilidade de construção de outros caminhos – muitas vezes melhores – para resolver os problemas.

Encerramos esse trabalho parafraseando Bertolt Brecht: “[...] pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural. Nada deve parecer impossível de mudar.”

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz; FERREIRA, Guilherme Gomes; CIPRIANI, Marcelli. Vidas (hiper)precárias: **Políticas Públicas penais e de segurança face às condições e vida de travestis e transexuais no Rio Grande do Sul**. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, vol. 6, pp. 292-304, 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/18589/12630>> Acesso em 26 out. 2019.

ALMEIDA, João Paulo Rodrigues; VALADARES, Gustavo. Direito Constitucional: a LGBTfobia como resultado do discurso de ódio. **Homotransfobia e direitos sexuais**: Debates e embates contemporâneos. Coord: Keila Deslandes. Belo Horizonte, ed. Autêntica, 2018.

ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Revista Ágora**, Rio de Janeiro, vol. 9, n° 1, pp. 49-63. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>> Acesso em 20 de agosto de 2019.

Associação pela Prevenção da Tortura (APT) (2018). **Por uma proteção efetiva das pessoas LGBTI privadas de liberdade**: um guia de monitoramento. Disponível em <https://www.appt.ch/es/news_on_prevention/nueva-guia-practica-sobre-la-proteccion-de-las-personas-lgbti-privadas-de-libertad/?l=pt> Acesso em 27 de out. de 2019.

Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE). 2019. Disponível em: <<https://www.anajure.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Memorias.ADO26.Protocolada.pdf>> Acesso em 20 set. de 2019.

BAHIA; Alexandre Franco; SANTOS, Daniel Moraes dos. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo pós-88. **Revista General de Derecho Constitucional**, vol 10, pp. 07-24, 2010.

BAHIA, Alexandre Franco; SILVA, Diogo Bacha. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n° 02, pp. 177-207, maio/ago. 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641>>. Acesso em: 05 de out. de 2019.

BAHIA, Alexandre Franco; MORAES, Daniel Melo Franco de. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 10, outubro 2010, p. 409-431. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3353260>> Acesso em 04 de out de 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. Trad: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. Princípios de Direito Penal Mínimo. Trad: Francisco Bissoli Filho. **Rev. Doutrina Penal**, n° 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, pp. 623-650, 1987.

BARRETO, Daniela Ramos Lima. **O direito penal dos vulneráveis**: Uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do Direito Penal. 2013, 2015f. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Sergipe, 2013. Disponível em:

<https://www.ri.ufs.br/bitstream/riufs/4398/1/DANIELA_RAMOS_LIMA_BARRETO.pdf>
Acesso em 23 de out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n° 17, pp., jan./jun. 2011, pp. 105-138. Disponível em: <<http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/2/art/art4.pdf>> Acesso em 12 de out. de 2019.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, vol. 232, 2003, pp 141-176. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>> Acesso em 20 de out. de 2019.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Ed. Revan. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral 1**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 set. de 2019.

_____. Lei n° 7.716/89, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes de preconceito de raça e cor. República federativa do Brasil, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 22 de set. 2019.

_____. Lei n° 11.340, de 07 de agosto de 2006. República federativa do Brasil, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 26 de set. 2019.

_____. STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: PPS. Requerido: Congresso Nacional. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 23 de setembro de 2019.

_____. STF. HABEAS CORPUS N.º 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>> > Acesso em: 28 de agosto de 2019.

_____. STF. MANDADO DE INJUNÇÃO N.º 4.733/DF. Requerente: ABGLT. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 23 de setembro de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BORRILO, Daniel. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2ª.ed. Trad. de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. 17ª ed. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CABRAL, Vinicius Fernandes de Lima. **Análise jurídico-constitucional da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. 2019, 76f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, 2019.

CAMPOS, Luiz Augusto. Escutando o inimigo: o construtivismo estratégico da nova direita brasileira. Em **Escuta: Revista de política e cultura**, jun/2016. Disponível em <<https://revistaescuta.wordpress.com/2016/06/06/escutando-o-inimigo-o-construtivismoestrategico-da-nova-direita-brasileira/>> Acesso em 21 de set. de 2019.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: Limites, possibilidades e consequências**. 1ª ed, Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2018.

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. **Revista Bagoas**, nº 05, 2010, pp. 131-147. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v04n05art08_carrara.pdf> Acesso em: 16 ago. 2019.

CARVALHO, Salo de. **Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 99, São Paulo: RT, p. 187-211, 2012a.

_____. Sobre a possibilidade de uma criminologia *queer*. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)**, vol. 4, nº 2, pp. 151-168, Porto Alegre, 2012b.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais**. 1ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Sexualidade e Preconceito. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. São Paulo, vol. 3, nº 3, p. 18-37, set. de 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142000000300018> Acesso em 06 de agosto de 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juárez. **Direito Penal: Parte I**. 6ª ed. rev. e ampl., Curitiba: ICPC Cursos e Editora, 2014.

CLEVE Clèmerson Merlin et al. **Senso Incomum**. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

Conselho Federal de Psicologia. Resolução 01/99, de janeiro de 1999. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf> Acesso em 20 de agosto de 2019.

COLARES, Leni Beatriz Correia; CHIES, Luiz Antônio Bogo. Mulheres nas so(m)bras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, vol. 18, n° 02, pp. 407-423, ago/2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2010000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 de nov de 2019.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: ed. Saraiva, 2005.

DANIEL, Herbert; PARKER, Richard. **AIDS: A terceira epidemia**. 2ª ed., Rio de Janeiro: ABIA, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. 2005. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_648\)26__homoafetividade_e_o_direito_a_diferenca.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_648)26__homoafetividade_e_o_direito_a_diferenca.pdf)> Acesso em 30 de set. de 2019.

_____. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Revisitando a esquerda punitiva: relações sociais, poder e agenda atual da criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/14228/8021>> Acesso em 20 de nov. de 2019.

FELICÍSSIMO, Manuella. **(Re)apresentações da homofobia e da homossexualidade: um estudo discursivo a partir de vídeos do kit “Projeto Escola Sem Homofobia”**. 2014. 301f. Tese de Doutorado em Estudos Linguísticos – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

FERREIRA, Gomes Guilherme. Violência, Interseccionalidades e seletividade penal na experiência de travestis presas. In: Temporalis : **Revista da Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social (ABPESS)**. Brasília, ano 14, n° 27, pp. 99-117, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-dapopulacaolgbt/artigos_teses_dissertacoes/violencia_interseccionalidades_e_seletividade_penal_na_experiencia_de_travestis_presas_26_ago_15.pdf>. Acesso em 26 de out. de 2019.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção n° 4733 e a criminalização da homofobia. **Revista Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 07, n° 02, p. 58-79, jul/dez 2014. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/view/1007/669>> Acesso em 20 de set. de 2019.

FERNANDES et al. Pessoas LGBTI+ em privação de liberdade: rumo a agendas participatórias e inclusivas de pesquisas e políticas nas periferias globais. In: **Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal**. Org: Guilherme Gomes Ferreira e Caio Cesar Klein. 2019. 1ª ed. Salvador/BA: Devires. Pp. 49-90.

FERNANDES, Sabrina. JUSTIFICANDO. **Buracos de minhoca ideológicos**: o punitivismo. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5GnTS2eOPOA&t=1s>>. Acesso em: 02 de nov. de 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 8ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo, Paz e Terra, 2019.

_____. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 38ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. In **Revista de Direito Penal**, nº 01, jan-mar 1971.

GAXIE, Daniel. As lógicas do recrutamento político. In: **Revista Brasileira de Ciências Políticas**. Vol. 8, Brasília. Maio/Aug de 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010333522012000200007#back1> Acesso em 23 de out. de 2019.

GERMANO, Idilva Maria Pires; SAMPAIO, Juliana Vieira. Políticas públicas e crítica queer: algumas questões sobre identidade LGBT. **Psicologia & Sociedade**, vol. 26, nº 02, pp. 290-300, 2014.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Vol. I. 17ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2015.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 1993. 1ª ed. Trad. de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam Editora Limitada.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed, Rio de Janeiro: Ed. GZ, vol. 1, T. 1., 1958.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Revista Bagoas**: Estudos gays, Natal, vol. 01, nº 01, jul/dez. 2007. pp. 145-166. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art07_junqueira.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2019.

_____. “Ideologia de gênero”: uma ofensiva reacionária transnacional. In **Revista Tempo e Presença**, nº 32, jun/2019. Disponível em: <https://www.koinonia.org.br/tpdigital/uploads/Ideologia-de-Genero-KN_out_2018.pdf> Acesso em 20 de out. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos**: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano I, nº 1, pp. 79-92, jan./jun.1996.

LACERDA, Marina Basso. **“Ideologia de gênero” na Câmara dos Deputados**. 2016. Anais do 10º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. 30 de ago a 02 de set de 2016. Belo Horizonte. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/index.php/system/files/documentos/eventos/2017/04/ideologia-genero-camara-dos-deputados-834.pdf>> Acesso em 20 out. 2019.

_____. **Neoconservadorismo de periferia: articulação familista, punitiva e neoliberal na Câmara dos Deputados**. 2018, 207f. Tese de Doutorado em Estudos Sociais e Políticos - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

LAURENTI, Ruy. **Homossexualismo e a classificação internacional de doenças**. 1984. Disponível em: <https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89101984000500002&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em 20 de out. de 2019.

LEMONS, Diego José Sousa. **CONTANDO AS MORTES DA VIOLÊNCIA TRANS-HOMOFÓBICA: uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-queer da violência letal**. Dissertação de mestrado. 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/28348/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Diego%20Jos%C3%A9%20Sousa%20Lemos.pdf>>

LOBO, Bárbara Natália Lages. **Igualdade e ações afirmativas na educação brasileira**. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LoboBN_1.pdf> Acesso em 30 de out. de 2019

MACHADO, Maria das Dores Campos et al. Homossexualidade e igrejas cristãs no Rio de Janeiro. **REVER - Revista de Estudos da Religião**, vol. 11, nº. 1, p. 75-104, jun. 2011. ISSN 1677-1222. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/rever/article/view/6031>>. Acesso em: 27 out. 2019.

MARSHALL, Tony Francis. Restorative Justice: In: **A Restorative Justice Reader**. Org. Gerry Johnstone. Ed. Willan Publishing. Londres, 1999.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. 1ª ed. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MATOS, Erica do Amaral. **Por que não criminalizar a LGBTfobia**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/02/14/por-que-nao-criminalizar-a-lgbtobia/>> Acesso em: 08 de out. de 2019.

MATOS; PARADIS, 2014. Ver em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0057.pdf>

MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: Parte geral**. 29ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

MOTT, Luiz. Relações raciais entre homossexuais no Brasil colônia. **Revista Brasileira de História**, V. 5, n° 10, São Paulo, 1985.

NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Homofobia religiosa e direitos *LGBT*: Notas de pesquisa. **Revista Latitude**, vol. 07, n° 1, pp. 33-51, 2013. Disponível em: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/latitude/article/view/1063/720>> Acesso em 23 de set. de 2019.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. **Sexualidades ameaçadoras: religião e homofobia(s) em discursos evangélicos conservadores**. In: Sexualidad, Salud y Sociedad. [versão virtual] Revista Latinoamericana. n°2, pp.121-161, 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/32/446#sdfootnote7sym>> Acesso em 30 de out. de 2019.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. Revista de informação legislativa. Brasília, n°. 132 out./dez. 1996, pp. 321-330.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNAN, Adriana. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003.

OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. Dissertação de Mestrado (Direito), 2010. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8941/1/Miguel%20Tassinari%20de%20Oliveira.pdf>>. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Acesso em 12 de set. de 2019.

PASINATO, Wânia. Oito anos de lei Maria da Penha: Entre avanços, obstáculos e desafios. **Revista Estudos Feministas**, vol. 23, n° 2, pp 533-545. Florianópolis, 2015.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Ciladas da diferença**. São Paulo: 1ª ed., Editora 34, 1999.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Revista Novos Estudos**, n° 68, março/2004, p. 39 e ss.

PIOVESAN, Flávia; RIOS, Roger Raupp. **A discriminação por gênero e por orientação sexual. Seminário Internacional: as minorias e o direito**. Série Cadernos do CEJ, n°. 24, 2003, pp. 154 – 175.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
PIRES, Álvaro.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Vol. I – Parte Geral**. 16 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Roger Raupp. Direitos Sexuais: Orientação sexual e identidade de gênero no direito brasileiro. In: **Homotransfobia e direitos sexuais**: Debates e embates contemporâneos. Coord: Keila Deslandes. Belo Horizonte, ed. Autêntica, 2018.

RIOS, Roger Raupp. A criminalização e a representação midiática da homofobia: relações com a trajetória dos direitos sexuais no Brasil. Orgs: Fernando Seffner e Marcio Caetano. In: **Cenas latino-americanas da diversidade sexual e de gênero**: Práticas, pedagogias e políticas públicas. Rio Grande: Ed. da FURG, 2015. Pp. 73-96

RUBIN, Gayle. **Políticas do sexo**. Tradução Jamille Pinheiro Dias. 1ª ed, São Paulo: Ubu Editora, 2017.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

SALM, João and LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2012, n.64 [cited 2019-11-29], pp.195-226. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 out. de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma construção jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de direito constitucional-RBDC**, nº 9, pp. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf> Acesso em 15 de out. de 2019.

_____. **Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 12, nº. 47, mar-abr, 2004.

SERRA, Victor Siqueira. **Travesti e prostituta**: gênero, violência e interfaces da vitimização. Pp. 193-207. 2017. In: O lugar da vítima nas ciências criminais. Org: Eduardo Saad-Diniz. São Paulo. Ed. LiberArs.

SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed rev. e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SIMIONI; Rafael Lazzarotto; SOARES; Jenifer Naves. Direitos fundamentais, democracia e o Projeto Genoma Humano: bioética e biopolítica. **Rev. Bioética**, vol. 26, nº 4, Brasília, out/dez. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v26n4/1983-8042-bioet-26-04-0506.pdf>> Acesso em 26 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em: 13 jul. 2019

SULLIVAN, Nicki. **A Critical Introduction to Queer Theory**. Ed. Edinburgh University Press Ltda.

SILVA, Fernando Cândido da. **Homossexualidade na Bíblia Hebraica ou uma historiografia bicha'**. In: Trilhas da História. Três Lagoas, v. 1, nº 1: jul-nov 2011. p. 9-22

SOUSA FILHO, Alípio de. **A política do conceito: subversiva ou conservadora? Crítica à essencialização do conceito de orientação sexual**. In: Rev. Bagoas, nº 04, [2009?], pp. 59-78. Disponível em: < <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2296/1729> > Acesso em: 22 de agosto de 2019.

STF. Pleno - **Suspensão julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar homofobia (2/2)**. 2019. (1h26min22secs). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>>. Acesso em: 27 de maio de 2019.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4 ed. rev. atual e ampl. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

VIANA, Thiago. **Direito Internacional Arco Íris: O reconhecimento do direito à diversidade sexual e de gênero no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. 2018. Dissertação de Mestrado (Direito) – Universidade Federal do Maranhão, 2018. Disponível em: <<https://tedebc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/2390/2/ThiagoViana.pdf>> Acesso em: 10 de setembro de 2019.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. **Religião e Política: Uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll/Instituto de Estudos da Religião (ISER), 2013.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Revista Estudos Feministas** 2001; nº 02, pp. 460-482.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 1ª ed, Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 12 ed. ver. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Direito Penal brasileiro: I**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acher. 1ª edição. São Paulo: Palas Athena, 2008.